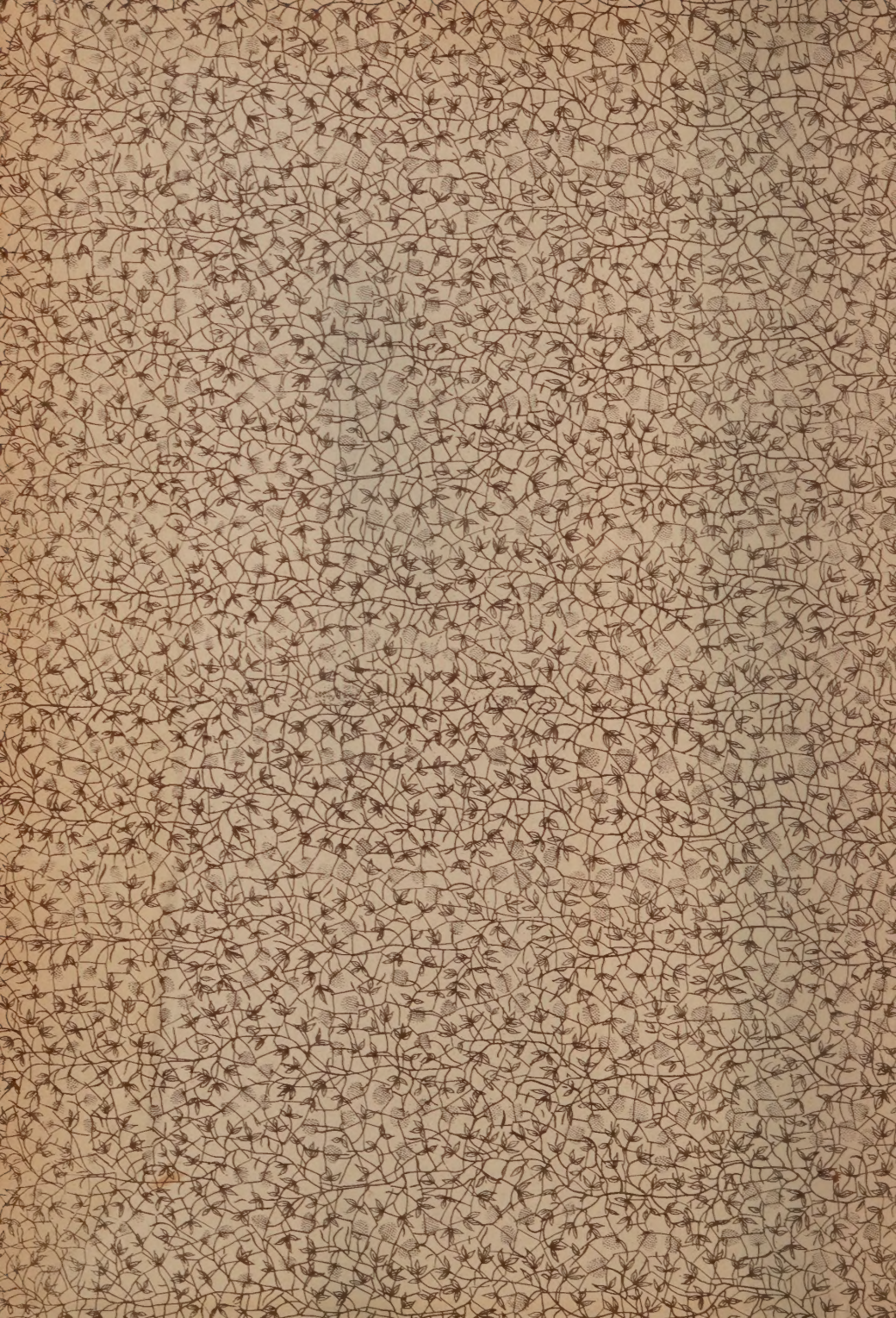
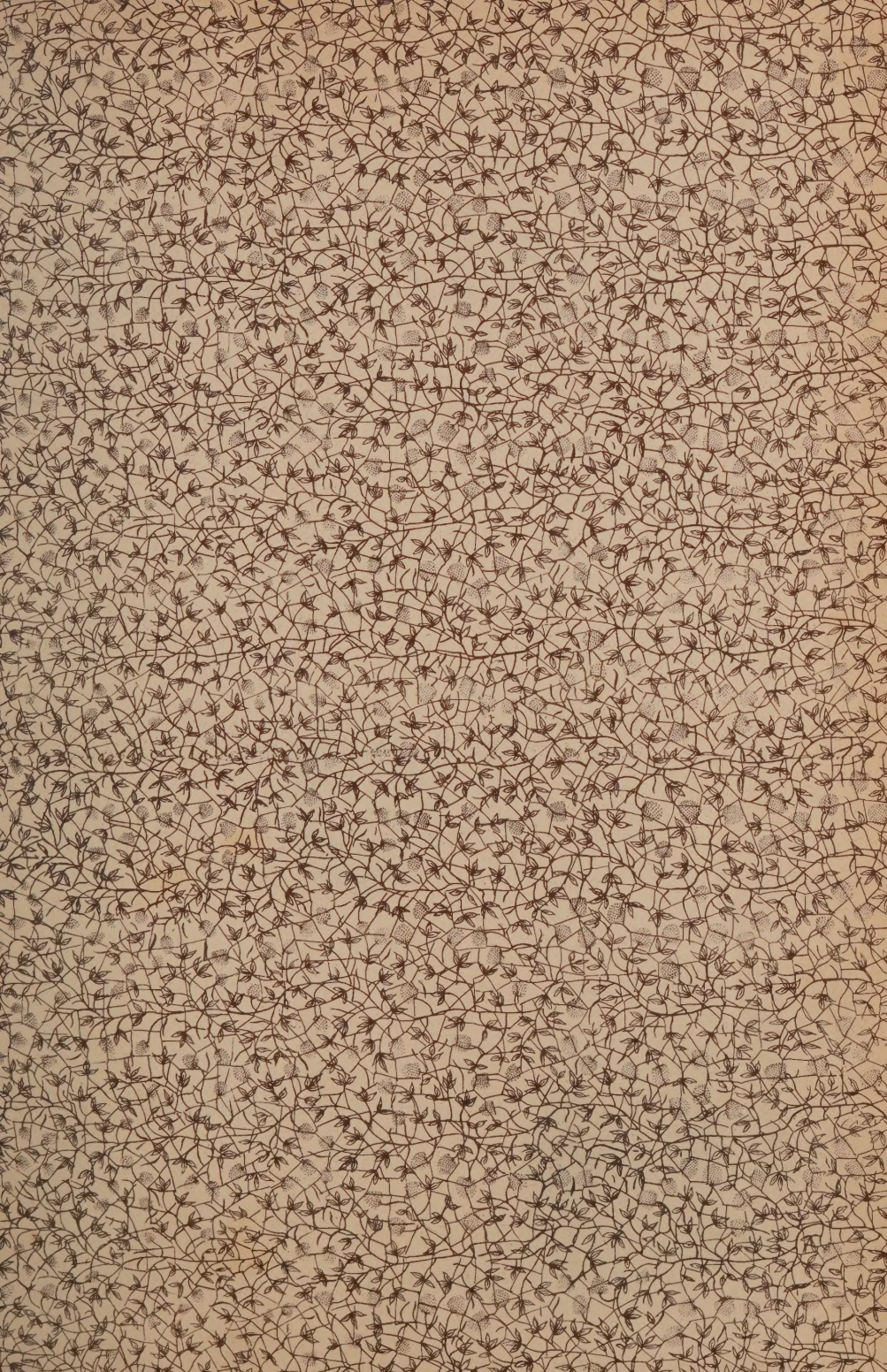






J. O'Brien

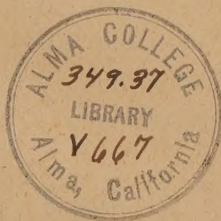
INSTITUTIONES IURIS CIVILIS ROMANI

COLLEGIT

P. PETRUS VIDAL S. I.

349.37

AD USUM PRIVATUM
AUDITORUM UNIVERSITATIS GREGORIANAE



PRATI

EX OFFICINA LIBRARIA GIACHETTI, FILII ET SOC.

1915

6096

PRAEFATIO

Non fuit animus opus quoddam *novum* edere, in quo contineretur elementaris iuris romani expositio, sed ex optimis auctoribus praesertim recentioribus compendium colligere pro usu scholasticorum nostrae Universitatis, qui facultati canonicae vacantes, ad pleniorum iuris ecclesiastici cognitionem, brevi quodam curriculo ad iuris quoque romani studium manuducuntur: « tam arctam nostro hoc tempore (ait Benedictus XIV. De syn. dioec. libr. XIII. cap. 10. n. 12.) inter ius canonicum et civile intercedere connexionem eaque ita sese mutuo iuvare, ut qui optime primum nosse cupiat, alterius scientiam sibi comparare debeat ».

Praeter alios conferri possunt Auctores subiuncti:

Warnkoening — Institutiones iuris romani privati. Leodii 1825.

Mackeldey — (versio italica). Manuale di diritto romano. Firenze 1851.

Marezoll — (versio italica a Polignani). Trattato delle Istituzioni di diritto romano. Napoli 1866.

Ortolan — Explication historique des Instituts des Iustiniens. 2 vol. Paris 1888.

Ortolan — Histoire de la législation Romaine. Paris 1880.

- Ronga* — Corso di Istituzioni di diritto romano. 3 vol. Torino 1899.
- Serafini* — Istituzioni di diritto romano. 1897.
- Van Wetter* — Cours élémentaire de droit romain. 2 vol. Gand. 1875-76.
- Girard* — Manuel élémentaire de droit romain. Paris 1901.
- May* — Éléments de droit romain. Paris 1913.
- Muchlenbruch* — Doctrina Pandectarum. 2 vol. Bruxellis 1838.
- Arndts-Serafini* — Trattato delle Pandette. 3 vol. Bologna 1874-79.
- Gasparolo* — Ius civile romanum. 5 vol. Senis 1894-1904.
- Windscheid* — Lehrbuch der Pandekten rechts. (versio italica a Fadda et Bensa). Torino 1902 sq.
- Mommsen* — (versio italica a Bonfante). Disegno del diritto pubblico Romano. Milano 1904.
- Krueger* — (versio gallica a Brissaud). Histoire des sources du droit romain.
- Glueck* — Ausführliche Erläuterung der Pandekten Hellfell (versio italica a pluribus iuristis facta variisque notis instructa).
-

LIBER I.

INTRODUCTIO IN IUS ROMANUM

CAPUT I.

PRAENOTIONES GENERALES.

1. *Ius Romanum* in latiori et ampliori significatione est complexus normarum iuridicarum, quae apud romanos in diversis periodis existentiae huius populi vim habuerunt; et dividi solet in Anteiustinianum et Iustinianum pro diverso tempore ad quod refertur (ante et post Iustinianum Imperatorem). Maxime vero intelligitur ius Iustinianum, quod in omnibus fere Europae regionibus viguit usque ad finem saec. XVIII et legislationis civilis modernae in novis codicibus expressae fuit fundamentum. Ius Iustinianum continetur quatuor collectionibus, quibus Corpus iuris civilis romani coalescit, sc. *Institutiones*, *Digesta* seu *Pandectae*, *Codex*, *Novellae*. Institutiones porro Iustinianus destinavit studiose iuventuti, quae essent totius scientiae legitimae prima elementa, per quae deinde pateret aditus ad profundiorum iuris cognitionem. Quae praxis praemittendi Institutiones longiori et profundiori studio iuris romani nostris quoque temporibus passim obtinet in Universitatibus, ubi Institutiones praemittuntur studio Pandectarum et Historiae iuris romani.

2. *Ius* varie accipitur: 1° pro obiecto iustitiae seu *iusto*, i. e. pro re quae alteri ut sua debetur; 2° pro *lege* vel collectione legum; 3° pro facultate legitima seu morali aliquid agendi vel exigendi. Ius secundo modo acceptum solet nunc dici *obiectivum*, tertio modo acceptum *subiectivum*, licet melius dicerentur *praeceptivum* et *dominativum* (Suarez, De leg. l. 2. cap. 14. n. 16. cap. 17.).

Ius romanum est complexus legum quibus respublica romana regebatur.

3. Romani distinxerunt: I. ius *publicum* et *privatum*; nomine *iuris publici* intelliguntur leges, quibus relatio inter subditos et totam societatem perfectam vel auctoritatem publicam ordinatur, et quae pro fine immediato habent bonum societatis qua talis — *Privatum* comprehendit leges, quae ordinant relationes civium inter se et immediate bonum individuum spectant.

II. Distinxerunt quoque *ius gentium* et *ius civile* (I. 1. 2. de iure natur. gent. et civ. — D. I, 1. de iust. et iur.). Ius *gentium*, cum iuri civili opponitur, designat illas institutiones iuris romani, quae apud ceteros populos antiquitatis erant admissae eisque erant communes « *ius gentium est, quo gentes humanae utuntur* ». Unde vicissim ius civile significat illa iuris romani instituta, quae huius iuris sunt propria, aut saltem non erant universaliter admissa « *ius civile est quod populus romanus ipse sibi constituit* ». Quodsi ius gentium dicitur esse illud « quod naturalis ratio apud omnes homines constituit » non tamen est confundendum cum iure naturali, licet plura ex iis quae iuri gentium tribuuntur sint etiam iuris naturalis, aut saltem generatim sint res valde proximae iuri naturali et maxime naturae hominis convenientes, nec desunt tamen quae ipsi sunt contrariae aut minimae congruentes. Quodsi iuri gentium et civili ab Ulpiano tamquam tertium membrum additum est « *Ius naturale quod natura omnia animalia docuit* », illa notio iuris naturalis est inepta et incongrua ad tripartitam divisionem.

III. Aliud est *ius scriptum* (quod ex scripto venit), aliud *non scriptum* (quod ex non scripto venit). Ius scriptum est lex in sensu lato huius vocis, pro dispositione legislativa, et comprehendit normas iuridicas a potestate legislativa sancitas: unde sub se comprehendit *leges* (sensu stricto), plebiscita, edicta magistratuum, senatusconsulta, constitutiones principum, prudentum responsa. Leges autem dicuntur *perfectae* si habent adnexam sanctionem nullitatis actus contra ipsam

positi; *minus quam perfectae* si alia sanctione poenali firman-
tur; *imperfectae* si nullam habet adnexam sanctionem poena-
lem (*Ulpianus*, Praef. 1.-2.). At iure Iustiniano omnis lex
firmatur nullitate actus contra ipsum positi, quae sanctio nul-
litalis, sine praeiudicio alterius sanctionis poenalis, intelli-
gitur etsi expresse non opponatur (L. 5. C. I. 14. de legib.).

Ius *non scriptam*, est quod citra scripturam per mores et
consuetudines inductum est. Praecipui fontes iuris non scripti
sunt ex una parte doctrina iurisconsultorum (auctoritas pruden-
tium), cui tantum momenti a romanis est positum, ut etiam
per antonomasiam diceretur *ius civile* (1) et iurisprudencia tri-
bunalium (*auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum*) (2);
nam tempore Imperatorum cum ex doctrina iurisperiticonsul-
torum vel ex iurisprudencia tribunalium aliqua iuris norma
per longum tempus fuisset observata ius consuetudinarium
constituebat (3). Quod ius fundatur in tacito populi consensu:
*mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine invete-
ratus* (*Ulpianus*, Praef. 4); supponitur leges ferri populi suf-
fragio, quod suffragium est totius populi cum agitur de con-
suetudine communiter recepta, nec refert utrum suffragium
verbis an rebus ipsis et factis feratur (4). Quare consuetudo
non solum potest supplere legem scriptam, cuius lacunas
complet (L. 33. D. h. t.), sed per eam quoque interpretamur
legem obscuram aut ambiguum, « *optima enim legum interpret
consuetudo* » (L. 37.-38. D. eod.) vel legi esistenti derogatur,
sive per *desuetudinem* sive per *consuetudinem contrariam* (L. 32.
D. eod.; § 11. I. 1. 2.). Videtur tamen haec vis negata con-
suetudini particularis loci contra legem ab universo populo
latam, in L. 2. C. quae sit long. consuet. 8. 53.) (5), non sunt
tamen concordantes interpretes in explicanda vi derogatoria con-
suetudinis.

(1) L. 2. § 5. 12. D. De orig. iur. I. 2.

(2) L. 38. D. De leg. I. 3.

(3) L. 1. C. quae sit longa consuet. VIII. 53.

(4) L. 32. 35. D. de leg. I. 3.

(5) Ita *Van Wetter* I. § 3.; *Savigny*, System I. § 25.; *Windscheid* Lehrbuch
d. Pandectenr. I. § 18. not. 2.

Fontes iuris Romani extantes.

4. Praeter *Corpus iuris civilis* continens Institutiones, Pandectas, Codicem et Novellas, quae veniunt sub nomine Imperatoris Iustiniani, habentur.

1° *Gaii*, Institutiones: citantur Gaius I. 3. = libr. I. § 3.

2° *Ulpiani*, Pars Regularum; cit. XXIV. 1. = tit. 24. § 1.

3° *Pauli*, Pars Sententiarum: cit. Paulus III. 6. § 1. = libr. 6. § 1.

4° Brevissimum fragmentum *Institutionum* Ulpiani, quod venit sub nomine « *Fragmentum Vindobonense* ».

5° Fragmentum Pauli « *de iuris speciebus et manumissionibus* ».

6° Fragmentum Pauli « *de iure fisci* », quod tribuitur Paulo.

7° Parvus tractatus « *de assis distributione* ».

8° Parva quaedam fragmenta Pomponii, Gaii, Papiniani, Ulpiani, Pauli et Modestini.

9° « *Mosaicarum et Romanarum legum collatio* »: cit. Collatio XVI. 2. § 1. = lib. 16. cap. 2. § 1.

10° « *Vaticana fragmenta* ».

11° « *Consultatio veteris iurisconsulti* ».

12° Fragmenta Codicis Gregoriani et Hermogeniani.

13° Codex Theodosianus.

14° Collectio Novellarum inter Codicem Theodosianum et regnum Imp. Iustiniani.

15° Lex Romana Ostrogothorum, Visigothorum et Burgundiorum.

16° *Theophili*, Paraphrasis in Institutiones Iustiniani.

17° τὰ βασιλικά (νόμματα) Leonis VI.

CAPUT II.

DE ELEMENTIS QUIBUS IUS CIVILE ROMANUM CONSTAT

sive de iuris Romani fontibus.

5. Ius civile romanum variis constat elementis, quorum alia aliis praevaluerunt diversis ditionis romanae temporibus.

Sunt autem: 1° leges; 2° plebiscita; 3° senatusconsulta; 4° constitutiones Principum; 5° edicta magistratuum; 6° auctoritas prudentum; 7° ius consuetudinarium (1).

Leges.

6. *Leges* sunt illae normae iuris, quas *populus romanus* in comitiis curiatis vel centuriatis magistratu senatorio proponente (rogante) approbavit. Quae leges plerumque secundum *nomen* eius, qui eas populo proposuerat seu, uti in iure romano communiter dicitur, rogaverat seu tulerat, atque secundum *materiam*, ad quam spectant, designatae sunt, v. gr. lex Aquilia; lex Hortensia de comitiis tributis; lex Cornelia de sicariis (2).

Earum celeberrima extitit illa, quae, quia in duodecim tabulis descripta erat, *lex duodecim tabularum* dicta est; quae a. u. c. 202.–304. (452.–450. a. Chr. n.) data, usque ad tempora *Iustiniani I.* imperatoris iuris romani, praesertim privati, fundamentum constituebat. Plures facti sunt conatus ad illam legem restituendam (3), inter quos praesertim eminet opera *Dirksen*, qui restituit 105. fragmenta ita in duodecim tabulas ab ipso distributa:

(1) Cfr. *Laurin*. Introductio in Corpus iuris canonici cum brevi introd. in Corpus iuris civilis romani p. 235. sq.

(2) *Mackeldey*, Lehrbuch des roem. Rechts t. I. § 21. 25. sq.; *Krueger*, Geschichte der Quellen und Literatur des roem. Rechts, p. 8. sq.

(3) *Van Wetter*, Cours élémentaire de droit romain § 9.

- Tab. 1. Procedura *in iure*; 10. fragmenta.
 » 2. Procedura *in iudicio*; 4. fragmenta.
 » 3. Executio rei iudicatae; 7. fragmenta.
 » 4. Patria potestas; 4. fragmenta.
 » 5. Matrimonium tutela et ius haereditarium;
 15. fragmenta.
 » 6. Proprietas et possessio; 9. fragmenta.
 » 7. Contractus; 12. fragmenta.
 » 8. Delicta; 27. fragmenta.
 » 9. Ius publicum; 5. fragmenta.
 » 10. Ius sacrum; 11. fragmenta.
 » 11. Supplementa ad tabulas a 1. ad 5.; 1. frag-
 menta.
 » 12. Supplementa ad tabulas a 6. ad 10.; 5. frag-
 menta.

Alia ratione restitutionem facit *Voig* (Die XII Tafeln, Leipzig, 1883.). Cfr. *Cogliolo*, Manuale delle fonti del diritto rom. p. 3. sq.

Proxime post legem XII tabularum celebritatem obtinuit *lex Iulia et Papia Poppaea*, quam praesertim restituit *Heineccius* et in 53. capita divisit. Quae praesertim ordinatae erant ad conciliandum favorem matrimonio et procreationi filiorum legitimorum et ad augendos recursus fisci publici ob bella civilia in misero statu versantis et constabant duplici parte, altera *nuptiali*, seu de *maritandis ordinibus*; altera *caducaria* seu de *caducis*.

Edicta magistratuum.

7. Plures magistratus romani, et nominatim: 1° *Praetores*, qui iuri dicendo (iurisdictioni) praeerant quique duo erant, alter, qui inter cives romanos ius dicebat (Praetor urbanus), alter qui inter peregrinos (Praetor peregrinus); 2° *Aediles curules*, quibus cura publicae politiae et inspectio circa res venales cum convenienti iurisdictione commissa erat; 3° *Censores*, quibus censum habendi atque publica opera et vectigalia

locandi officium incumberebat (4); dum munus suum obibant, tum ut homines hoc rescirent seque praemunirent, tum etiam, ut hi magistratus ipsi semet a reprehensione securos redderent, publice pronuntiare seu *edicere* solebant, qua ratione in certis negotiis sui muneris essent processuri et iudicaturi. Id ipsum in provinciis *Proconsules* et *Propraetores* faciebant. Quorum edictorum complexus, quia procedebant a personis, quae magistratus, i. e. *honores* gerebant, *ius honorarium* dicebatur, per oppositionem ad reliquum ius, quod *ius civile* dicebatur, cuius erat veluti practica applicatio et moderatio (5).

Quod autem in specie attinet ad Praetores, hi iam initio anni per quem gerere praeturam debebant, in alba tabula lignea (*in albo*), loco ubi de plano legi poterat suspensa (6), *edicebant*, qua ratione per illum annum in suo munere obundo ius dicturi essent; quod edictum proinde dicebatur *Edictum perpetuae iurisdictionis causa propositum* vel *Edictum perpetuum*. Quo in edicto Praetores pro commissa sibi potestate partim iuris civilis lacunas explebant, partim eius obscuritatem declarabant vel ipsius duritiam et rigorem mitigabant (supplendi, adiuvandi et corrigendi iuris civilis gratia edicebant), quemadmodum id rationi temporum populiue moribus et opinioni convenire putabant. Quare nihil mirum quod ius honorarium *viva vox iuris civilis* diceretur (L. 8. D. de iust. et iure I. 1.). — Neque unusquisque Praetorum peculiare et novum edictum proponebat; sed multi eorum, quod a praedecessoribus suis prudenter et salubriter edictum cognoverant, simpliciter acceptabant et durante suo munere observabant. Quare edictum Praetoris regulariter continebat partem antiquam (*edictum tralatitium*), et partem novam (*edictum novum*).

Quod edictum praetorium, cursu temporis a iurisconsultis

(4) *Heineccius*, Antiquitatum roman... Syntagma, l. I. tit. 2. § 18.; *Mackeldey* l. c. § 22. 24. sq.

(5) *Mackeldey* l. c. § 32.

(6) *Krueger* l. c. p. 39.; *Heineccius*, Historia edictorum, cap. II. § 2. sq.

explanatum et usu comprobatum, iubente imperatore *Hadriano* (117–138) a *Salvio Iuliano* insigni iuriconsulto et praetore emendatum et in congruum praxi iudiciariae ordinem redactum a. 131., agente eodem imperatore Hadriano, speciali senatusconsulto approbatum et stabile ac immutabile factum ac legis auctoritate munitum est. Quo facto ipsum celeberrimi iuriconsulti commentariis illustrare studuerunt, in primis ipse *Salvius Iulianus* et *Domitius Ulpianus*, qui temporibus Alexandri Severi (222–235) floruit, alique multi (7).

Senatus consulta.

8. *Senatusconsulta* (SC.) sunt conclusa Senatus, sine interventu et assensu populi comitiorumve facta. Quorum quidem senatusconsultorum vim et efficaciam plebei pro sua parte ab initio detrectabant: ex quo autem Senatus *plebiscita* acceptaverat, etiam plebei *senatusconsulta* eorumque vim obligandi agnoverunt.

Designantur senatusconsulta, sive per nomen Consulis qui ea rogaverat (SC. *Silanianum*; S. C. *Velleianum*; S. C. *Trebellianum*; S. C. *Pegasianum*), sive per nomen Imperatoris, qui eorum causam dederat, vel per *epistolam* ad Senatum directam, vel per *orationem* in Senatu habitam (SC. *Claudianum*; SC. *Neronianum*); interdum etiam per nomen illius personae, ad quam SC. proxime spectabat (SC. *Macedonianum*, factum propter *Macedonem* filium-familias, qui ut suis creditoribus solvere posset suum patrem familias occiderat) (8).

Constitutiones Principum.

9. Hoc nomine veniunt illae constitutiones, quas Imperatores (Principes), pedetentim summa rerum potiti, soli per se, sine interventu populi vel comitiorum, ediderunt. Quae

(7) *Krueger* 1. c. p. 84. sq.; *Mackeldey* 1. c. § 42.

(8) *Krueger* 1. c. p. 22. sq.

constitutiones sunt partim *edicta* i. e. constitutiones publice promulgatae; partim *mandata* i. e. instructiones ad magistratus directae super expediendis certis negotiis ad ipsorum munus pertinentibus; partim *decreta* i. e. sententiae ab Imperatore latae in causis ad ipsum sive in prima instantia sive per appellationem deductis; partim *rescripta* i. e. responsa ab Imperatore per litteras data, plerumque ad interrogationem alicuius magistratus vel etiam hominis privati super aliquo iuris articulo propositam (9).

Auctoritas prudentum (10).

10. *Prudentes* hic intelliguntur, qui alias *iurisprudentes* vel *iurisconsulti* dicuntur. Cum apud Romanos ab initio omnis scientia iuris penes solos *patritios*, et in specie penes *collegium Pontificum*, cui cura *sacrorum* commissa erat, fuisset, eadem paulatim etiam ad plebeios propagata est, et tum brevi tempore maxima cepit incrementa. Mox enim apud Romanos plurimi iique celeberrimi iurisconsulti extiterunt, qui, tum responsa interrogantibus sive magistratibus sive privatis dando et causas coram iudice agendo (ubi etiam sua responsa publice coram iudice haud raro defendebant, quae defensio *disputatio fori* dicta est), tum etiam ius ore et scriptis docendo et interpretando, magnam etiam circa ius *constituendum* vim et efficaciam consequuti sunt. Per quos quae introductae sunt iuris normae, *auctoritas prudentum*, vel *sententiae receptae*, vel etiam *ius civile* sensu strictissimo appellatae sunt.

Et quod primum attinet ad illorum *responsa (consulta)*, ante tempora *Augusti* (31. a. Chr. 14. p. Chr.) omnes iurisconsulti aequale ius respondendi habebant, nec eorum responsa ulla tenus vim opinionis eruditi privati excedebant. Sed dictus Imperator nonnullis insignibus iurisconsultis potestatem fecit, ex auctoritate ipsius respondendi; quo illorum responsa ne-

(9) *Mackeldey* l. c. § 39.; *Krueger* l. c. p. 92. sq. 264. sq.

(10) *Mackeldey* l. c. p. 29. sq.; *Van Wetter* l. c. § 3. 14.

cessario maiorem prae reliquorum iurisconsultorum responsis auctoritatem obtinuerunt. Deinde Imp. *Hadrianus* (117.–138.) constituit, ut, cum responsa iurisconsultorum, ex Imperatoris auctoritate respondendi potestatem habentium, concordarent, eadem plane vim legis (legis vicem) haberent et a iudice omnino servari deberent; cum autem inter se dissentirent, tunc iudex illam opinionem, quam ipse magis probabilem existimaret, amplecti et sequi posset.

Cum autem successu temporis inter iudices ignorantia iuris invaluisse, ita ut saepe opinionibus iurisconsultorum recte uti nescirent, huic malo iam ex parte providit Imp. *Constantinus M.* (306–337) duabus constitutionibus a. 321. et 327. editis, quibus praecipiebat « Libros sententiarum *Iulii Pauli* in iudiciis prolatos valere debere, notas autem ad Papinianum ab eodem Iulio Paulo et Domitio Ulpiano conscriptas iudicibus sequi non licere: sed Imp. *Theodosius II* (408.–450.) illi malo efficacius remedium adhibuit sua const. a. 426. pro imperio Orientis edita, qua omnia iurisconsultorum *Papiniani, Pauli, Modestini* et *Ulpiani* scripta, exceptis *Pauli* et *Ulpiani* notis ad Papinianum iam a Constantino M. reprobatis, auctoritatem legis obtinuerunt simul cum scriptis iurisconsulti Gaii et scriptis iurisconsultorum a quinque praecedentibus allegatorum, ita quidem, ut opinio, in qua omnes illi vel saltem maior eorum pars consentirent, a iudice pro lege haberi et observari deberet: in paribus autem votis, illa opinio, pro qua staret *Papinianus*, praevaleret; Papiniano autem tacente, iudex eam opinionem, quam reliquis probabiliorem putaret, sequi posset. Quae constitutio eodem a. 426. etiam ab Imp. Occidentis *Valentiniano III.* (425.–455.) acceptata et in dicto imperio promulgata est; quare etiam *Edictum citationis Valentinianum* dici solet (l. 3. Cod. Theodos. de resp. prudent. I. 4.). *Laurin* l. c. p. 239. sq.

CAPUT III.

DE FONTIBUS COGNOSCENDI — SEU DE COLLECTIONIBUS
AUT DOCUMENTIS, UBI CONTINETUR IUS CIVILE RO-
MANUM.

11. Qua in re distinguendum est ius civile romanum *Anteiustinianum*, quod in ditione romana usque ad Imp. *Iustinianum I.* vigit, et ius civile romanum *Iustinianum*, quod inde a temporibus huius Imperatoris in vigore fuit.

§ 1. IURIS ROMANI ANTEIUSTINIANEI COLLECTIONES.

Codices Gregorianus et Hermogenianus (1).

12. Iam temporibus Imp. *Marci Aurelii* (161.-180.) vel *Commodi* (180.-192.) iurisconsultus *Papirius Iustus* constitutiones imperatorias in collectionem redigere coeperat, quas in compendium redactas collegerat in suo opere « De constitutionibus » in libros viginti diviso; quod opus penitus interiit, exceptis, paucis fragmentis in *Digestis* Iustiniani insertis.

Saec. IV. et ex parte forte iam versus finem saec. III. duo alii iurisconsulti romani, *Gregorianus* et *Hermogenianus* constitutiones imperatorias, in pleno ipsarum tenore verborum, in unum colligendas susceperunt. — *Gregorianus* id certe fecit adhuc sub Imp. Diocletiano (284.-305.); *Hermogenianus* autem paulo serius, et quidem certe intra a. 314. et 324. — Quae collectiones ab illis viris adornatae, *Codex Gregorianus* (quandoque *Corpus Gregoriani*) et *Codex Hermogenianus* appellatae sunt. — *Codex Gregorianus* erat divisus in *libros*, libri in *titulos*, in quorum singulis singulae constitutiones imperatoriae ad eos pertinentes ordine chronologico positae erant. — *Codex Hermogenianus* immediate in *titulos* disper-

(1) Krueger l. c. p. 277. sq.

titus erat, et Codicis Gregoriani continuatio et complementum fuit. — Ambo illi Codices videntur fuisse orti in *Oriente*, praesertim enim continent constitutiones in Oriente editas. Characterem porro habent tantummodo privatum. Illorum Codicum nunc exigua tantummodo supersunt fragmenta in aliis iuris collectionibus adducta. Illa fragmenta edidit *Gustavus Haenel* Bonnae, a. 1837. Cfr. quoque « Corpus iuris Anteiustiniani, Bonnae, a. 1841. sq.

Codex Theodosianus (2).

13. Iam a. 429. Imp. Orientis, *Theodosius II* (408.-450.) iussit in unum colligi; ad instar Codicum Gregoriani et Hermogeniani, omnes constitutiones imperatorias tum proprias tum ante ipsum inde a *Constantino M.* editas, atque illam collectionem pro una communi voluit in compendium redigi adiectis opportunis excerptis ex scriptis iurisconsultorum romanorum (L. 5. Cod. Theod. I. 1.); sed illud Imperatoris consilium effectum non habuit. Quare c. 435. denuo collegium sedecim iurisconsultorum constituit, praeside exconsule *Antiocho*, eique mandavit, ut constitutiones imperatorias inde a *Constantino M.* usque tunc editas una cum suis ipsius constitutionibus in unum colligeret, ita tamen, ut in textu earum, in quantum necessarium videretur, opportunas mutationes faceret addendo, abbreviando vel declarando (L. 6. Cod. Theod. eod.).

Illam collectionem a. 438. absolutam Imp. Theodosius approbavit et 15. Febr. eiusdem anni in Imperio Orientis promulgavit, ita tamen, ut vim obligandi nonnisi 1. Ian. seq. a. 439. sortiretur. Illam eodem a. 438. ad generum suum *Valentinianum III.* (425.-455.) Occidentis Imperatorem transmisit, qui memoratam collectionem et ipse acceptavit et eodem adhuc anno etiam in Imperio Occidentis promulgavit. Quae collectio iuris romani fuit proinde publica et authentica diciturque *Codex Theodosianus*.

(2) *Krueger* 1. c. p. 285. sq.

Dividitur in XVI. *libros*, quorum 5. priores continent const. imperatorias ad *ius privatum* pertinentes; reliqui libri usque ad XV. eas, quae ad *ius publicum* spectant; in libro XVI. referuntur, quae ad personas et res ecclesiasticas pertinent. — Singuli porro libri dividuntur in *titulos* peculiaribus *rubricis* instructos, in quibus constitutiones ordine chronologico subnectuntur haud raro mutatae et praesertim abbreviatae.

Citari hoc modo solet: v. gr. L. (lex) un. Cod. Theod. de resp. prudentum; C. (constitutio) 1. Cod. Theod. Ne sacr. baptisma iteretur. Nunc autem addi quoque solet numerus *libri et tituli*, ne ille numerus quaeri debeat in indice alphabetico rubricarum.

Novellae Constitutiones Theodosianae et Posttheodosianae (3).

14. Post publicatum a. 438. Codicem, tum ipse Imp. Theodosius eiusque in Oriente successores, tum Imperatores Occidentis plures constitutiones ediderunt, quae dictae sunt *Novellae* (i. e. constitutiones posteriores). Quas, nominatim *Theodosii II.*, *Valentiniani III.*, *Marimi* (a. 455.), *Maiorani* (457.-461.), *Libii Severi* (461.-465.) et *Anthemii* (467.-472.) cum aliis octodecim constitutionibus imperatoriis, maxime ad personas et res ecclesiasticas spectantibus, primum evulgavit *Jacobus Sirmondi* S. I. († 1651.) (Constitutiones Sirmondi) deinde edidit *Gustavus Haenel* in Corpore iuris Anteiustiniani, Bonnae a. 1841.-1844.

§ 2.-IUS CIVILE ROMANUM IUSTINIANEUM.

Codex Imp. Iustiniani vetus (4).

15. Cum Imp. *Iustinianus I.* (527.-565.) origine Illyricus, ab avunculo suo *Iustino I.* (518.-527.) creatus esset Augustus, atque a. 522. solus imperare coepisset, iuris romani emendandi et perficiendi curam suscepit. Itaque voluit, ut ex magna co-

(3) *Krueger* l. c. p. 291. sq.

(4) *Krueger* l. c. p. 322. sq.

pia const., quae Codicibus Gregoriano, Hermogeniano et Theodosiano continebantur et ex const. *Novellis*, quae inde a *Theodosio II.* usque ad sua tempora fuerunt promulgatae, illae seligerentur, quae adhuc usui forent, eaeque, in quantum opus esset, per congruas mutationes, abbreviationes, additiones vel etiam plurium in unam coniunctiones, indigentiis illius aevi accommodarentur atque in unam collectionem redigerentur. Eum in finem sua const. « *Haec, quae* » 13. Februarii 528. (cfr. prooem. Codic. Iust. novi) constituit collegium decem iurisconsultorum, inter quos eminebant *Ioannes* Sacr. Palatii praefectus, *Tribonianus*, magister inter agentes seu officialium praefectus et *Theophilus* in schola Constantinopolitana professor iuris seu antecessor.

Collectionem a. 529. absolutam, divisam in *libros* et subdivisam in *titulos*, Imp. *Iustinianus* approbavit, et const. « *Summa reipublicae* » 7. Apr. 529. publicavit, ita ut ipsa a die 16. eiusdem mensis et anni vim obligandi haberet et in locum Codicum anteriorum, Gregoriani, Hermogeniani et Theodosiani, quos omnes praefata constitutione abrogabat, succederet (cfr. proom. Cod. Iust. novi). Dicitur collectio illa *Codex Iustiniani* vel *Iustinianus vetus*, qui temporis iniuria interiit et ad nos non pervenit.

Digesta seu Pandectae Imp. Iustiniani (5).

16. Publicato die 7. Apr. 529. Codice memorato, Imp. Iustinianus maius adhuc opus aggressus est. Itaque const. « *Deo auctore* » 15. Dec. 530. mandavit *Triboniano*, ad dignitatem quaestoris Sacr. Palatii evecto, ut adiunctis sibi aliis 16. iurisconsultis, quos idoneos reputaret, exciperet e scriptis iuridicis anteriorum iurisconsultorum ea quae adhuc usui forent, illaque excerpta seu fragmenta secundum materiam certo ordine disponderet seu digereret, habita praesertim ratione praxis iudicariae et in specie *Edicti perpetui*. Quo in negotio ut

(5) *Krueger* l. c. p. 323. sq.

liberius procederent, eos exemit ab observantia *Edicti citationis* a Theodosio II. et Valentiniano III. conditi, iussitque, ut indigentiarum aevi sui tantum haberent rationem, eumque in finem excerpta seu fragmenta, sicubi sive secum invicem sive cum indigentis seu relationibus illius aevi pugnare viderentur, opportunis mutationibus, detractationibus vel additionibus in concordiam revocarent (cit. const. « *Deo auctore* » §§ 3.-12.). Quae mutationes, et nominatim additiones, a praefatis viris sub auspiciis *Triboniani* in textu illorum fragmentorum factae, communiter dicuntur *emblemata Triboniani* (ἐμβάλλω = iniicio, insero). — Ne autem antiquorum illorum iurisconsultorum nomina postea in oblivionem abirent, compilatores singulis fragmentis, non obstantibus mutationibus forte factis, respectivi iurisconsulti, e cuius opere illa hauserant, *nomen* et ipsius operis *titulum* praefigere debebant.

17. Tribonianus cum sociis rei exequendae absque mora operam dedit. Cum circa opiniones antiquorum iurisconsultorum gravis occurreret difficultas, quam solvere non valeret, rem ad Iustinianum Imp. deferebat, qui eam speciali decisione definiebat. Huiusmodi decisiones XVI. dedit Iustinianus dum opus perficeretur, cum iam antequam hoc opus adornari coeptum esset alias XXXIV. eadem de re dedisset.

Opus spatio circiter trium annorum absolutum est. Illud Iustinianus approbavit et duplici const. « *Tanta* » et « *Δέδωκεν* » utraque d. d. 16. Dec. 529. publicavit tamquam collectionem iuris legalem seu authenticam, statuens ut inde a 30. Dec. eiusdem a. 529. vim obligandi obtineret; simulque interdicens, ne ex tunc amplius in foro usus fieret operum iuridicorum ex quibus collectio desumpta erat. Vetuit quoque, ne idem opus vocum compendiis seu siglis scriberetur (cit. const. § 22.). Item, ne ex diversitate opinionum diversorum interpretum denuo iuris confusio oriretur (cit. const. § 21.) severe prohibuit, quominus privati iurisconsulti super hoc opere ullos commentarios evulgare auderent, et solum permisit, ut ipsum verbotenus (κατὰ πόδα) in graecum verterent et locos parallelos ac summaria titulorum (παράτιτλα) ei adiungerent, interpretationem, si qua opus foret, sibi soli reservans.

Dicitur illa Collectio *Digesta*, quo nomine iam ampliora opera iuriconsultorum romanorum, in partes distributa, appellari consueverant; item Pandectae (*Πανδέκται*), quia censebantur comprehendere (*δέχουαι*) e scriptis iuriconsultorum romanorum omnia, quae adhuc usui fore viderentur.

18. Divisa sunt *Digesta* (D. vel P. vel II. vel ff.) in 50. *libros*; singuli libri (exceptis 30. 31. et 32.) in *titulos* peculiaribus *rubricis* insignitos. Singulis fragmentis (legibus) premittitur nomen *auctoris* et *libri* seu operis, unde excerptum est. Si sunt aliquantulum longiora distingui solent in *paragraphos* (§§); particula vero quae paragraphum primam praecedit, dicitur *principium* (pr.).

Citari *olim* consueverant hoc pacto: D. de statu hom. l. Libertas, § Servi — ff. Mandati vel contra l. Obligatio mandati pr. — *Nunc* autem ita citari solent: l. Libertas § Servi D. de statu hom.: vel l. 4. § 2. D. de statu hom. I. 5.; vel l. 4. § 2. D. I. 5.; vel plane ita: D. I. 5. 4. § 2. (loco l. lex) saepe adhibetur fr. (fragmentum)).

19. Nec silentio praeterundae sunt duae aliae Digestorum divisiones, quarum altera ab ipso Iustiniano, altera a glossatoribus iuris romani medio aevo introducta est. — Videlicet Iustinianus, habita ratione tum septem partium principalium *Edicti perpetui*, cuius ordinem compilatores Digestorum maxime prae oculis habuerunt, tum etiam ordinis studiorum ab ipso pro scholis iuridicis praescripti, *Digesta* in *septem partes* (*tractatus*) ita distinxit:

1^a pars, dicta *Πρώτα*, complectitur Digest. lib. I.-IV. incl. — 2^a *de iudiciis* libr. V.-XI. — 3^a *de rebus* (sc. *creditis* i. e. de mutuo) libr. XII.-XIX. — 4^a quae dici solita est *umbilicus Pandectarum* (τὸ μέσον τοῦ παντός) libr. XX.-XXVII. — 5^a *de testamentis* lib. XXVIII.-XXXVI. — 6^a libr. XXXVI.-XLIV. — 7^a libr. XLV.-L. (libri 47. et 48. qui agunt de delictis privatis et publicis ab antiquis *libri terribiles* dicti sunt).

20. *Glossatores* iuris romani Bononiae saec. XII. *Digesta* in *tres partes* distinxerunt: *Prima* excurrit ab initio Digestorum usque ad librum 24. tit. 2. inclusive, et dicta est *Dige-*

stum vetus. Secunda a tit. 3. libri 24. pertingit ad libr. 38. et dicitur *Infortiatum* (sc. *Digestum*). Nam primo illa pars solum extendebatur usque ad libr. 35. tit. 2. leg. 82. usque ad illa verba « *in quatuor partes dividantur* »; cum ergo illa 2^a pars deinde fuerit protracta usque ad libr. 38. inclusive et ita fuerit ampliata dicta est *Infortiatum* i. e. ampliatum seu auctum. — *Tertia* pars pratenditur usque ad finem et dicitur *Digestum novum*.

Institutiones Imp. Iustiniani (6).

21. Cum Digesta tum propter suam amplitudinem, tum propter suam dispositionem, forensi praxi potissimum accomodatam, studiosis iuris ad discendum ex eis ius romanum minus apta fore viderentur, Imp. Iustinianus iam tunc, cum Digesta adornarentur, *Triboniano* mandavit, ut adscitis sibi duobus antecessoribus *Theophilo* Constantinopolitano et *Dorotheo* Berytensi, librum didacticum (Institutiones) iuris romani componeret, ita comparatum, ut simul etiam vim collectionis iuris publicae seu legalis obtinere posset.

22. Praefati viri illud opus confecerunt, ad imitationem similis operis a *Gaio* saec. II. post Chr. exarati « *Institutionum commentarii quatuor*. Etiam adhibuerunt eiusdem *Gaii* opus « *Res quotidianae* seu *Aurea* » et ut videtur etiam Institutiones *Florentini*, *Marciani* et *Ulpiani* et « *Libros VII. regularum* » ipsius *Ulpiani*. — Imperator *Iustinianus* opus approbavit et const. « *Imperatoriam* » 21. Nov. 533. publicavit, statuens ut ipsum a die 30. Dec. eiusdem anni simul cum Digestis vim obligandi sortiretur; qua ratione, uti Digesta, opus factum est collectio iuris publica et authentica, diciturque *Institutiones Iustiniani* vel simpliciter *Institutiones*.

Dividuntur in quatuor *libros*: primus, *de personis* tamquam subiecto iuris; secundus et tertius, *de rebus* tamquam obiecto iuris; quartus, *de actionibus* tamquam medio ad ius persequen-

(6) *Krueger* l. c. p. 340. sq.

dum. — Libri autem dividuntur in *titulos*, qui paucis exceptis (cfr. lib. I. titt. 17.–19.) subdividuntur in principium (pr.) et paragraphos (§§).

Citari *olim* solebant ita: § Nuptiae I. de patr. pot.; pr. I. Quibus non est permisum facere testam. — Nunc autem ita citari solent: § 1. I. de patr. pot. I. 9.; vel § 1. I. I. 9.; vel simpliciter I. I. 9. 1.

23. *Theophilus*, unus ex compilatoribus, antecessor Constantinopolitanus super Institutionibus in schola iuris Constantinopolitana lingua graeca praelectiones habuit, unde completa paraphrasis graeca earundem Institutionum orta est, iam ante publicationem novi Codicis Iustiniani.

Codex Imp. Iustiniani novus.

24. Post publicatum 7. Apr. 529. Codicem Imp. Iustinianus mox plures edidit constitutiones. Huc pertinent 34. *decisiones* quas ad solvenda dubia de opinionibus iurisconsultorum dedit prius quam opus Digestorum coeptum esset. Postea dum Digesta parabantur alias 16. *decisiones* emisit. Praeterea post publicata Digesta etiam plures promulgavit constitutiones. Quae omnes in Codice veteri deerant; plures vero quae in illo Codice continebantur emendatione indigebant. Quare a. 534. *Triboniano* mandavit, ut associatis sibi quatuor iuriscosultis, *Dorotheo*, *Menna*, *Constantino* et *Ioanne* veterem Codicem recenseret atque compleret, facta potestate, in textu constitutionum mutationes, additiones, abbreviationes, omissiones, declarationes, quas necessarias putarent, faciendi vel etiam plures constitutiones in unam contrahendi aut unam in plures partes dividendi easque partes per diversa loca distribuendi. (Const. « *Cordi nobis* » 16. Nov. 534.).

25. Codex ita emendatus appellatus est *Codex novus* vel *Codex repetitae praelectionis* et a Iustiniano approbatus est cit. const. « *Cordi nobis* » et Codice veteri penitus abrogato publicatus est, ita ut inde a die 29. Dec. 534. vim obligandi haberet. Est autem ille novus Codex, qui nunc simpliciter dicitur *Co-*

dex Iustiniani vel *Iustinianeus* et *tertio* loco in corpore iuris civilis romani est positus.

Dividitur in duodecim *libros*, qui subdividuntur in *titulos* peculiaribus rubricis insignitos et constitutiones continent ordine chronologico dispositas (7). In libr. I. tit. 1.-13. ponuntur constitutiones imperatoriae ad personas, res et causas ecclesiasticas pertinentes; in reliquis titulis atque libris quae de personis, rebus et causis saecularibus praecipiunt. Ordinarie praefixum habent nomen Imperatoris, *a quo* data et personae *ad quam* primitus directa fuerat, non obstantibus mutationibus a compilatoribus factis. In fine subiungitur adnotatio *loci* et *temporis*, exceptis paucis quibus adnotatio deest et inscribuntur *sine die et consule*. In specie 50. *decisiones* Iustiniani, inscribuntur: *Iustinianus Iuliano* vel *Ioanni* P. P. (i. e. Praefecto Praetorio).

Citari olim solebat hoc pacto: L. Antistitem C. Ne sanct. bapt. iteret.; nunc autem plerumque ita citatur: L. Antistitem C. Ne sanct. bapt. iterat. I. 6.; vel l. 1. C. I. 6. vel etiam C. I. 6. 1. (Loco L. 1. (lex) a nonnullis adhibetur c. — constitutio).

Novellae Imp. Iustiniani (8).

26. Etiam publicato *Codice Novo*, Imp. Iustinianus usque ad a. 565. quo obiit multas edidit constitutiones partim lingua graeca, partim latina, partim utraque lingua exaratas, quae dictae sunt *νεαγαὶ διατάξεις*, *novellae* (i. e. posteriores seu post Codicem editae) constitutiones, vel simpliciter *Novellae*. — Quae Novellae stylo prolixo et turgido scriptae sunt. Post *inscriptionem*, proponitur occasio seu causa ipsius (*praefatio*); deinde ponitur tenor ipsius seu pars *dispositiva*; tandem statuuntur poenae in contravenientes et indicatur locus

(7) Nonnullae tamen collocatae sunt in titulis, ad quos ratione materiae nullatenus pertinent « *leges fugitivae* »; nonnullae in pluribus titulis occurrunt « *leges geminatae* ». Krueger l. c. p. 343.

(8) Krueger l. c. p. 353. sq.

et tempus (*epilogus*). Collectio harum Novellarum non est *publica* et *authentica* seu *legalis*, quamvis Iustinianus huius rei spem fecisset in cit. const. « *Cordi nobis* » 16. Nov. 534. § 4.

27. *Privatae* collectiones plures factae sunt: I. collectio *privata* est quam fecit *Iulianus*, antecessor Constantinopolitanus, qui vivente adhuc Iustiniano, 124. eiusdem Novellas, maxima parte ordine chronologico dispositas, in *compendium* pro Italia destinatum et inde lingua latina conceptum redegit: quo compendio usus est Gratianus in adornando suo Decreto. Dicitur *Epitome Novellarum*, *Liber Novellarum* et *Epitome Iuliani*.

II. Paulo serius alia, eaque amplior, Novellarum collectio prodiit, quae 134. Novellas, partim graeca partim latina lingua conceptas, non tamen in compendium redactas, sed in pleno verborum tenore originali complectebatur (Novellae ab a. 535. ad a. 556.) Priores 127. ordine chronologico sunt dispositae, secus reliquae.

Sed illa collectio in sua originaria forma ad nos non pervenit, sed in forma aliquantulum mutata. Nam Novellae graecae exhibentur in versione latina in pluribus locis obscura et minus apta.

In qua nova forma illa collectio primum in schola iuridica Bononiensi innotuit c. a. 1100.; ubi primum suspecta habita et in dubium vocata est, mox vero pro pleno et authentico Novellarum textu agnita, et inde in oppositione ad Epitomem Iuliani dicta est *Corpus Authenticum*, *Authentica*, *Liber authenticorum*, et singulae Novellae dictae sunt *Authenticae*, dum positae in Epitomae Iuliali dictae sunt *Novellae Iuliani*. Versio autem latina dicitur *versio vulgata*.

III. Amplissima Novellarum Iustiniani collectio temporibus Tiberii II. (578.-582.) prodiit, quae sub nomine *Iustiniani* 168. Novellas refert, quin tamen omnes reapse sint dicti Imperatoris. Nam *quatuor* sunt Iustini II. (565.-578.); *tres* sunt *Tiberii II.*; quatuor non sunt const. imperatoriae, sed *edicta* seu *formae* (νόμοι) Praefectorum Praetorio. — Deinde ibi *duae* Novellae binis locis sunt positae; *una* adducitur

duobus locis, altero graeca, altero latina lingua. Priores 120. ordine chronologico exhibentur, secus reliquae.

IV. Collectio Novellarum a *glossatoribus iuris romani saec. XII.* adornata. Cum usque ad saec. XI. in Italia sola *Epitome Iuliani* in usu fuisset, inde ab initio saec. XII. etiam *Authenticum* adhiberi coepit et paulatim principaliter adhiberi consuevit. Ex qua collectione praedicti *Glossatores* Novellas 97. tamquam graviore selegerunt et glossaverunt, praetermissis aliis quas nullius valoris et usus putarent, et inde peculiarem collectionem confecerunt, quae mox in communem usum abiit. Quam collectionem diviserunt in 9. *Collationes* et *Collationes* in *titulos* peculiaribus rubricis instructos; novellas vero in titulis positas diviserunt in *praefationem*, *paragraphos* et *epilogum*.

Citari solet: Auth. de haered. ab. intest. § Si quis Collat. IX.

V. Collectio Novellarum ab *Antonio Contio* confecta. Is collectioni glossatorum iterum sub propriis titulis *novem Collationum* numero servato inseruit novellas a glossatoribus praetermissas et non glossatas, atque ita publicavit a 1571. quem ordinem reliquae editiones sequutae sunt. Unde collectio Novellarum, quae habetur in Corpore iuris civilis, exhibet 168. Novellas per 9. Collationes et 169. titulos continua numerorum serie non tamen ordine chronologico decurrentes. — Singulae Novellae, cum longiores sunt, divisae sunt, in *praefationem*, *capita* et *epilogum*. Singula capita, si sunt longiora, dividuntur in *principium* (pr.), et *paragraphos* (§§), quod etiam fit interdum in *praefatione* et *epilogo*.

Citari solet ab *antiquioribus* ut dictum est de collectione glossatorum v. gr. Anth. de monachis § Illud igitur Coll. I. tit. 5. — Apud *recentiores* vero plerumque citatur per numerum Novellae et per eius caput, praefationem vel epilogum, adnotato etiam principio vel paragrapho; v. gr. Nov. V. cap. 3.; Nov. V. praef.; Nov. V. epilog.; Nov. V. cap. 2. pr. § 1.

28. Scholion. Ex supra disputatis apparet collectiones omnes Novellarum esse duntaxat *privatas*, cum *Digesta*, *Institutiones* et *Codex* sint iuris collectiones *publicae* seu *authenticae*.

§ 3. CORPUS IURIS CIVILIS ROMANI.

29. Quatuor supra commemoratae collectiones iuris civilis romani Iustinianei, videlicet *Institutiones*, *Digesta* (*Pandectae*), *Codex novus* et *Novellae* simul sumptae dicuntur *Corpus iuris civilis romani*, vel ut communiter fit, dicuntur simpliciter *Corpus iuris civilis* in oppositione ad corpus iuris canonici (9).

30. Plerumque in editionibus Corporis iuris civilis, plura reperiuntur additamenta: v. gr. 13. Edicta Imp. *Iustiniani I.*; 5. constitutiones Imp. *Iustini II.* (565.-578.); nonnullae constitutiones Imp. *Tiberii II.* (578.-582.); nonnullae aliae const. Imp. *Iustiniani I.* et praesertim eius sanctio pragmatica « *Pro petitione Vigili* » d. 13. Aug. 554. quae postquam devictis Ostrogothis Italiam sibi subiecerat, ibidem ius civile a se sancitum valere iussit; Duo Libri feudorum; Constitutio Imp. *Friderici II.* in die coronationis (22. Nov. 1220.) in favorem Ecclesiae edita (10).

Editiones corporis iuris civilis.

31. Aliae editiones sunt cum glossa, aliae sine glossa. Priores, seu glossatae, plerumque *quinque*, quandoque *sex* voluminibus in fol. (sexto iudicem generalem continente) constant. Quorum *primum* continet Digestum vetus; *secundum* Infortiatum continet; tertium, Digestum novum; quartum libros 1.-91. Codicis; *quintum* Codicis tres libros ultimos 10.-12. completitur, praeterea Authenticum seu Novellas (168.) Imperatoris *Iustiniani I.*, Libros feudorum (Consuetudines feudales), memoratam const. *Friderici II.* in die coronationis datam sub inscriptione « De statutis et consuetudinibus contra libertatem Ecclesiae editis »; item nonnullas constitutiones imperatorias, quae dici solent *extravagantes* et nonnumquam de-

(9) Iam inde a saec. XIII. illa denominatio erat recepta. Krueger l. c. p. 385.

(10) Mackeldey Lehrb. des rom. Rechts, I. p. 110. § 103.

signantur tamquam Novellarum Collatio XI. (11) et tandem Imp. *Iustiniani* Institutiones (12). Primum quidem singula quinque volumina proprium habuerunt nomen; deinde (saltem iam ipso saec. XIII.) omnia simul communem titulum obtinuerunt « *Corporis iuris civilis* » cuius singula volumina dicta sunt *partes*.

32. Celebres *glossatae* editiones sunt: 1^a quam adornavit iurisconsultus Gallus *Dionysius Gothofredus* († 1622.) et prodiit Lugduni 1589. et iterum 1604., deinceps iterum 1612. — 2^a Illa quae prodiit Lugduni a. 1618. 6. vol. in fol. — 3^a Quam curavit iurisconsultus belga *Ioanes Fehius* et prodiit Lugduni 1627.

Sine glossa sed cum notis exegeticis ad marginem vel infra textum apposis editionem publicavit Lugduni 1583. *Dionysius Gothofredus*; aliam simili ratione curavit eius filius *Iacobus Gothofredus* eamque publicavit Genevae a. 1624. (2. vol. in fol.); aliam evulgavit Amstelodami a. 1660. iurisconsultus belga *Simon van Leeuwen*, quae saepius recusa est v. gr. Lipsiae 1705. 1720. 1740.

Sine glossa et sine notis exegeticis in usum scholarum editionem curavit *Christophorus Henricus Freiesleben*, quae Altenburgi prodiit a. 1721. sub titulo « *Corpus iuris civilis academicum* et saepius recussa est. Aliam curavit Ioannes Ludov. Guil. Beck Lipsiae 1825. sq. Editio Taurinensis 2. vol. in fol. 1829. Editionem stereotypam adornaverunt eruditi patres *C. I. Albertus* et *C. Mauritius Kriegel* (Institutiones et Digesta), *Aemilius Hermann* (qui Codicem paravit) atque *Eduardus Osenbrueggen* (qui curavit Novella), primum prodiit Lipsiae 1833. sq. — Praecedenti praestantior est alia editio stereotypa Berolini a. 1868. sq. quae evulgata est ab eruditissimis *Paulo Krueger* (Instit. et Codex), *Theodoro Mommsen* (Digesta et *R. Schvell* (Novellae).

(11) Haec quae volumine 5. contineri dixi in edit. glossata Lugduni a. 1618. continentur in 4. vol. et vicissim.

(12) *Mackeldey* l. c. tom. I. § 4.; *Krueger* l. c. p. 386. sq. Hoc 5. vol. prout supra descriptum solitum fuit vocari « *volumen legum parvum* » ratione exigui ambitus si comparetur cum reliquis voluminibus, vel etiam simpliciter dicebatur « *volumen* ».

CAPUT IV.

FATA IURIS CIVILIS ROMANI IN OCCIDENTE (1).

§ 1. AB EIUS EXORDIO USQUE AD IMP. IUSTINIANUM I.

33. Ius civile romanum in Imperio Occidentis usque ad eius excidium a. 476. *universim* viguit.

Verum neque cum huius Imperii in Occidente penitus expiravit. Nam reges populorum Germanicorum qui regionibus illius Imperii paulatim potiti sunt v. gr. Baiuvariorum, Burgundionum Wisigothorum, Ostrogothorum, Longobardorum et Francorum in adornatos ab ipsis Codices iuris patrii haud pauca ex iure romano assumpserunt. Id praesertim valet de Codice iuris Ostrogothorum, a rege *Theodorico* (493.-526.) condito et a. 500. publicato pro omnibus subditis sive Gothis sive Romanis diciturque *Edictum Theodorici* (2). Alii reges pro Romanis suo sceptro subiectis, quos iure *romano* ipsorum nativo, vivere permiserunt, peculiare Codices iuris civilis romani, quibus illi obstringerentur, publicarunt, qui designabantur appellatione « *Lex Romana* ». Ita rex Wisigothorum *Alaricus II.* (484.-507.) a. 506. publicavit *Legem romanam Wisigothorum* seu *Breviarium Alaricianum* (vel *Breviarium Aniani*, *Corpus Theodosianum*, *Lex Theodosiana*) desumptam e Codice Theodosiano et ex operibus iuridicis nonnullorum iurisconsultorum romanorum saec. II. et III. post Chr nominatim *Gaii*, *Iulii Pauli* et *Papiniani* (3). Item reges Burgundionum intra a. 516.-535. ediderunt *Legem Romanam Burgundionum*, quae etiam dicitur *Papiniani liber responsorum* (*Papiniani Responsum*) (4). Qui Codices iuris romani, neque tunc statim usu et valore penitus exciderunt, cum illa

(1) *Laurin*. l. c. p. 265.; *Mackeldey* l. c. p. 57. sq.

(2) *Krueger* l. c. p. 316. sq. 318.

(3) *Krueger* l. c. p. 17. sq. 309. sq.

(4) *Krueger* l. c. p. 317. sq.

regna a Francis subacta fuerunt. Praesertim vero *clerus* universim per regna Germanorum in suis rebus et negotiis saecularibus iure romano, quod solum illi convenire dignosceretur, vivere permittebatur (5).

34. Porro institutio in iure civili romano olim partim iam in scholis primordialibus seu elementaribus praestabatur, ubi scholares nominatim Legem XII. Tabularum memoriae mandabant (6); partim privatim apud singulos celebres iuriscultos quaerebatur; partim in scholis sic dictarum *liberalium artium* et nominatim in sic dicto *trivio* simul cum *rhetorica* tradebatur; praesertim vero in peculiaribus scholis iuristicis colebatur, inter quas, praeter *Constantinopolitanam* et *Berytensem* in Oriente, eminebat *Romana* in Occidente (7).

§ 2. AB IMP. IUSTINIANO I. USQUE AD FINEM SAEC. XI.

35. Ius romanum Iustinianeum, ut per se patet, tantum pro Imperio Orientis vim et efficaciam per se habebat. Ex quo autem Iustinianus, devictis Ostrogothis, Italiam sibi subiecerat, ibidem etiam ius civile, a se sancitum, omnino valere iussit (8). Inde ab illo tempore ius hoc, propter suam praestantiam et quia indigentis illius aevi respondebat, paulatim per universam Italiam vigere coepit, ibique etiam Imperio Graecorum everso, videlicet inde a saec. VIII., in vigore permansit (9), cum praesertim etiam a regibus *Longobardorum*, paulatim magna parte Italiae potitis, agnitum, immo, quoad plura capita, etiam in ipsorum ius patrium (Legem Longobardorum) insertum esset (10).

(5) *Savigny*, Geschichte des roem. Rechts im Mittelalter tom. I. p. 138. sq. 141. sq. tom. II. p. 274. sq.

(6) *Krueger* l. c. p. 10. 51.

(7) Cfr. L. 6. § 12. D. de excusat. 28. 1.; L. 1. § 5. D. de extraord. cognit. 50. 13.; L. 3. C. Theod. de stud. liberalibus Urbis Rom. et Constantinopl. 14. 9.; *Krueger* l. c. p. 48. sq. 346. sq.

(8) Cfr. sanctionem pragmat. d. 13. Aug. 554. cap. 11.: *Savigny* l. c. tom. II. p. 182. sq.

(9) *Savigny* l. c. tom. II. p. 183. sq. 205. sq.

(10) *Savigny* l. c. tom. II. p. 209. sq.

36. Etiam in iure *Francorum* agnitum et receptum fuisse ius romanum manifeste elucet inter cetera e Capitularibus Regum Francorum (11) atque a diversis formulis contractuum aliorumque negotiorum iuridicorum in regno Francorum exaratis (12); praeterea constat ex opere « *Petri Exceptiones Legum Romanorum* » quod in regno Francorum et nominatim in Gallia meridionali ab ignoto auctore circa medium saec. XI. fuit adornatum. Quod opus in quatuor libros divisum (de personis, de contractibus, de delictis et de processu iudiciario) ingeniose compositum est ex fontibus iuris civilis romani Iustiniani sc. Institutionibus, Digestis, Codice et Novellis prout il Libro Novellarum *Iuliani* referuntur (13).

37. Pro institutione in iure civili Romano Imp. Iustinianus (const. « *Omnem reipublicae* » 16. Dec. 533.) publicas scholas iuridicas solummodo Constantinopoli et Beryti esse voluit. Sed in Occidente iam initio saec. XI. schola iuridica in civitate Ravennatensi erecta est, quae schola Romana tum propter insalubritatem loci, tum propter bella quae illam regionem infestabant, paulatim desolata et tandem penitus extincta, celebris evasit et altero dimidio saec. XI. in Italia, praeter *Papiensem*, ubi tamen principaliter docebatur *ius Longobardicum*, pro iure civili romano fere sola extitit (14). Extra Italiam quaedam scholae iuridicae solum in Gallia v. gr. Lugduni et Aureliani videntur extitisse.

§ 3. INDE A SAECULO XI.

38. Cum Bononiae iam inde ab initio saec. XI. schola publica *liberalium artium* existeret, sub finem eiusdem saec. iuridica schola erecta est, in qua primum quidam iurisconsultus, nomine *Pepo* ius civile docuit; post eum *Irnerius* (Hirnerius, Yrnerius, Gernerius, Wernerius, Guarnerius) patria

(11) *Savigny* l. c. tom. II. p. 104. sq.

(12) *Savigny* l. c. p. 130. sq.

(13) *Savigny* l. c. p. 134. sq. 140. 321-428.

(14) *Savigny* l. c. tom. I. p. 476. sq. tom. III. p. 427. sq. tom. IV. p. 1. sq.

Bononiensis, qui ibidem prius *artes liberales*, nominatim grammaticam, dialecticam et rhetoricam docuerat, circa a. 1088. ius civile docere coepit et insigni activitate sua scholam illam ad sublimem celebritatis gradum evexit (15). Qua in schola mox super collectiones iuris Iustiniani publicae praelectiones cum repetitionibus et disputationes habitae sunt (16), ad quas excipiendas ingens multitudo scholarium ex omnibus fere Europae regionibus Bononiam commeabat; quo factum est, ut collectiones illae, per scholares absolutis studiis in patriam reversos, in universa fere Europa divulgarentur et ab iis etiam, adhiberentur, cum in publicis officiis et tribunalibus constituti essent; qua ratione illae collectiones pedetentim in communem usum deductae sunt (17). Ex illis praelectionibus, repetitionibus et disputationibus paulatim varia opera litteraria adornata sunt, uti *Summae*, *Casus*, *Brocarda*, *Quaestiones*, *Lecturae* et similia.

§ 4. GLOSSATIO IURIS CIVILIS ROMANI.

39. Memoratae iuris civilis romani collectiones a doctoribus Bononiensibus glossatae sunt. Inter glossatores prae ceteris memorandos est iam laudatus *Irnerius*; porro *Martinus Gosia*, *Bulgarus*, *Ioan. Bassianus*, *Pilius*, *Azo*, *Hugolinus de Presbyteris* atque *Accursius* Aronis discipulus qui e propriis et praedecessorum glossis apparatus glossarum composuit, qui in communem usum abiit et *glossae ordinariae* nomen obtinuit (18).

§ 5. AUTHENTICAE CODICIS.

40. Glossatores, et praesertim *Irnerius*, in novo Codice Iustiniano illis legibus quae per Novellas Iustiniani aliqua ratione mutatae fuerant, ex his ipsis Novellis illa fragmenta,

(15) *Savigny* l. c. tom. IV. p. 6. sq.

(16) *Laurin*. l. c. p. 47. sq.

(17) *Savigny* l. c. tom. III. p. 250. sq. 260. sq. 270. sq. 537. sq. 552. sq.

(18) *Laurin*. l. c. p. 51. sq. 269.; *Savigny* l. c. tom. V. p. 263. sq.; *Mackeldey* l. c. tom. I. § 80.

quibus illa immutatio continetur, adnexuerunt. Quae fragmenta dicta sunt *Authenticae*, et quidem *Authenticae Codicis*, quia videlicet in Codice referuntur (19).

Id ipsum dicti glossatores fecerunt etiam de duabus constitutionibus Imperatoris romano-germanici *Friderici I.* (1152.–1190.), altera quae incipit « *Habita* » a. 1158. in comitiis Roncaliensibus in favorem Univ. Bononiensis edita, et altera, cuius initium est « *Sacramenta puberum* » a. 1155. data. Idem factum est cum undecim partibus unius constit. Imp. *Friderici II.* « *In die (Hac edictali)* », quam die coronationis 22. Nov. 1220. in favorem Ecclesiae dederat et DD. Bononiensibus Codici Iustiniano inserendam transmiserat (*Authenticae Fridericianae*).

Citari solent praemissa vocula *Auth. (entica)*, quam sequitur vox initialis constitutionis et deinde titulus Codicis. V. gr. *Auth. Ex complexu C. de incest. et inutil. nupt. (i. e. post L. 6. C. V. 5.)*; *Auth. Gazaros C. de haeret. et. (i. e. post L. 19. C. I. 5.)*.

CAPUT V.

FATA IURIS CIVILIS ROMANI IN ORIENTE.

41. Ius civile romanum diuturno tempore in Imperio Bizantino conservatum est, nec novellarum constitutionum ab imperatoribus Iustiniano posterioribus editarum auctoritate eversum est. Ad eius tamen usum et auctoritatem in foro statim occurrit necessitas graeca lingua donandi textum Institutionum, Pandectarum et Codicis: nimia autem extensio Pandectarum et Codicis effecit ut iuris Iustiniani compendia lingua graeca ederentur.

42. Paulo post publicatas Institutiones fuit compositum illius libri commentarium graeca lingua exaratum, quod de nomine auctoris, cui fuit tributum, dictum est « *Paraphrasis*

(19) *Laurin.* 1. c. p. 256. 270.

Theophili ». — Eam simul cum versione latina edidit *G. Otto Reitz*, Hagae Comitum 1751. sub titulo « *Theophili antecessoris paraphrasis graeca Institutionum caesarearum* ». Meliorem edit. curavit *Ferrini* (Berolini a. 1884–1896.). Recentiori tempore nonnulli illud opus praefato Theophilo abiudicandum censuerunt (1). Aliae quoque occurrunt interpretationes seu commentarii in Pandectarum locos et imperatorias constitutiones, v. gr. *Stephani*, *Thalelaei*, *Theodori*, *Cyrilli* aliorum. Quae cum non se continerent intra cancellos, quos Iustinianus interpretibus praefixerat (cfr. const. « *Deo auctore* » § 12. et const. « *Tanta* » § 21.) fieri non poterat, quin haud parum valerent ad commutandam paulatim eam, quae antea fuerat, iurisprudentiae faciem.

43. Iisdem illis interpretum operibus usus est Imp. *Basilii Macedo* in opere concinnando *Basilicorum*, quo id potissimum egit, ut iuris Iustiniani praecepta, quatenus sui temporis rationi adhuc convenirent, graeca lingua retractaret. Opus in 60. libros distinctum post Basilii mortem († 886.) denuo sub censuram vocarunt filius *Leo* (cognomento *Philosophus*) atque Leonis filius *Constantinus Porphyrogenetus*, eiusdemque repetitam praelectionem singuli deinceps publicarunt. Quod opus iuri Iustiniano tamquam fonti suo explicando maximo est adiumento. Ad Basilicorum libros scripta atque collecta sunt *scholia* ex iurisconsultorum Iustinianeorum scriptis magna ex parte desumpta praesertim antiquiora, porro glossae nomicae sive breviores verborum et interpretationes. Neque alii defuere, qui concinnandis ex iure Byzantino epitomis operam darent, in quibus praecipuum quemdam locum obtinet Synopsis Basilicorum (*ἐκλογὴ Βασιλικῶν*), tum vero τὸ πρόχειρον τῶν νόμων seu *manuale iuris* a Constantino Harmenopulo saec. demum XIV. compositum.

(1) Cfr. *Krueger* l. c. p. 362. sq.

LIBER II.

IURIS ROMANI GENERALIA PRINCIPIA

CAPUT I.

DE PERSONA UT SUBIECTO IURIS

44. *Persona* est subiectum capax iurium. Ergo personae in iure dicuntur, quibus iura competere possunt et quarum causa ius constitutum est (1). Est autem personarum duplex genus: sunt enim vel singuli homines, qui personam habent, vel res aut plurium universitates, quae vice personae funguntur ac in iure ad instar singulorum pro personis habentur (2): illae personae *physicae*, hae personae *morales* sive *iuridicae* vel *civiles* hodie appellari consueverunt.

I. De personis physicis.

45. (D. 1. 5. de statu hominum). Prima conditio in persona physica requirenda est *existentia humana*. In singulis ergo hominibus primo loco *nativitas* consideranda est, qua de re sic statuit ius romanum: Habendum esse pro homine eum, qui *vivens*, *formam* humani generis gerens, *iusto tempore* ubi partus perfectus est in lucem est editus (3). Unde neque monstrum neque abortus i. e. partus ante initium septimi mensis editus, pro homine in iure habetur (4). — Quodsi partus mortuus editus est aut mors ante completam separationem in

(1) § 12. Inst. 1. 2.

(2) L. 22. i. f. D. de fideiuss. 46, 1.

(3) D. h. t. L. 14; C. 6. 29. de posth. c. 3.

(4) L. 1. D. de incipiendo ventr. custod. partu 25. 4.

partu acciderit, non habetur pro persona (5). — Qui vero vivus natus est, etsi immaturus editus sit vel vitio affectus ex quo necessario et brevi mori debeat inde capacitate iuridica non caret, etsi id plures docti affirmant (6).

Probatio vitae infantis ab eo fieri debet, a quo tamquam fundamentum sui iuris invocatur, sufficitque quodlibet vitae signum ut contra Proculianos decidit Imp. Iustinianus L. 44 D. de religios. et sumpt. funer. 17. 7.

Attamen, qui in utero est perinde ac si in rebus humanis esset custoditur quoties de commodo ipsius partus agitur (L. 7. D. de stat. hom. 1. 5.; aliis autem non prodest nisi natus. — Quare infans conceptus capax est recipiendae haereditatis parentis defuncti (L. 26. D. eod.), vel etiam recipiendi per testamentum (§ 28. Inst. 2. 20.); item infans natus ex serva est liber, si mater fuerit libera quolibet gestationis tempore. (Inst. 1, 4. de ingen.). — Videlicet cum de commodo prolis agitur, lex protegit futuram personalitatem eique reservat iura pro casu, quo per nativitatem capacitatem nanciscatur iuridicam.

II. Capacitas iuridica.

46. Ex iure naturali capacitas iuridica ad hominem pertinet, qui est in possessione suae naturalis libertatis, quae proinde est conditio necessaria et fundamentalis, et qui ea caret potius quam subiectum iuris est obiectum iuris alterius et inde deficit a conditione personae, licet non desint hac in re exceptiones. — Quae capacitas iuridica, propria hominis *liberi*, varia est secundum quod agatur de *cive romano*, vel de eo qui civitatis iure caret et secundum quod *independentia* careat vel ea polleat *in societate domestica*. — Nam peregrinus solummodo habuit restrictam capacitatem iuridicam, qua iis iuribus frui poterat, quae ex *iure gentium*

(5) Cfr. L. 12. D. de stat. hom. 1, 5.; L. 2. C. de posth. 6, 29.; L. 129. D. de V. S. 50, 16.; *Van Wetter* I. p. 81.; *Ronga* I. p. 18.

(6) L. 2, 3. C. de posth. 1, 5.; L. 129. de V. S. 50, 16.

non quae ex *iure civili* procederent (7). Quare caruit *iure commercii* seu acquirendi dominium civile seu quiritarium et solummodo poterat esse proprietarius naturalis seu ex iure gentium (8); caruit quoque iure *connubii* seu matrimonii civilis contrahendi, licet matrimonium naturale, quod est iuris gentium contrahere posset (*Gaius* I. 92.) et inde carebant patria potestate in filios et iure agnationis, quibus solis agnatis de iure civili ius erat perveniendi ad haereditatem ab intestato (9). At sicut habebatur peregrinus pater filiorum quos ex femina habuisset cum qua matrimonium iuris gentium iniisset, ita secundum legem suae civitatis poterat testari atque in aliis multis eam legem invocare (10).

47. Quatuor tamen genera peregrinorum subiiciebantur iuri speciali, videlicet: *latini*, qui *civitatem* in poenam *amisissent*, *dedititii* seu qui quondam adversus populum romanum pugnaverant deinde victi se dediderunt (*Gaius* I. 14.) et *barbari* qui extra territorium romanum habitabant. — *Latini* in conditione favorabiliore erant quam ceteri peregrini qui severius tractabantur; nam latini gaudebant v. gr. *iure commercii*; at ceteri peregrini censebantur carere patria nec proinde poterant in sui favorem invocare ius aliquod nationale (11).

48. Sub Iustiniano vero numerus peregrinorum valde fuit imminutus, praesertim ex quo per Constitutionem A. Caracallae civitas romana concedebatur omnibus habitantibus in imperio romano; unde factum est ut tantum haberentur peregrini, barbari quos etiam gentiles dixere, iure civitatis in poenam privati et qui in territorium romanum venerant post constit. Antonini, atque horum peregrinorum iura erant restricta ad

(7) Arg. L. 17. D. de poenis, 48, 19.

(8) *Ulpianus* XIX, 4-5.; Arg. *Gaius*, Inst. IV. 37.

(9) *Ulpianus* V. 8; *Gaius* III. 24.; Arg. D. 50, 16. de V. S. L. 195. § 2. i. f.

(10) D. 2, 4. de in ius voc. L. 5. i. f.; Arg. *Ulpianus* XX. 14.; *Gaius* III. 96. 120.

(11) *Ulpianus* XX. 14; D. 28, 1. qui testam. fac. poss. L. 8. § 1. Cfr. C. Theod. 3, 14. de nupt. gentil. L. unic.

illa quae ex *iure gentium* promanabant. Cum vero iure Iustini-
 niano unum dumtaxat proprietatis genus fuisset agnitum
 atque unum dumtaxat matrimonium, inde etiam hi peregrini
 iure proprietatis et connubii frui sunt sicut cives romani.

49. *Filiusfamilias* in antiquo iure romano capacitatem iuri-
 dicam propriam non habuit, sed ea erat veluti absorpta in
 capite ipsius familiae, cum quo censebatur una persona (12);
 quare solus paterfamilias habebat iura patrimonialia et filius-
 familias nihil proprium habere poterat et quidquid acquire-
 ret in patrimonium capitis familiae devolvebatur (*Gaius* II. 83.).
 Quod principium de unica personalitate patrisfamilias et li-
 berorum qui sunt sub patria potestate etiam in ius Iustinia-
 neum transiit (cit. L. 11. C. 6. 26. i. f.), quamvis in eo ad-
 missa sit capacitas acquirendi pro filiis et filiorum acquirendi
 pro se; unde filiusfamilias relate ad iura patrimonialia adhuc
 mansit in conditione inferiori.

50. Condicio iuridica personae, quae est in possessione *li-
 bertatis*, *civitatis* et *independentiae* domesticae, dicitur in iure
 romano *status*; unde dantur tres conditiones iuridicae sive
 status: status *libertatis*, status *civitatis*, status *familiae*. *Li-
 bertas* est conditio pro civitate et familia, nam servus nec civi-
 tatem nec familiam habere potuit; pariter *civitas* fuit conditio
 pro familia, nam peregrinus *ex lege* familiam non habuit; *fa-
 milia* vero non est conditio ad alium statum, nam filiusfami-
 lias sub patria potestate constitutus familiam non habet et
 nihilominus est liber et civis romanus. Amissio ergo liber-
 tatis secumfert amissionem civitatis et familiae; amissio ci-
 vitatis etiam familiae amissionem inducit; amissio vero fami-
 liae relinquit libertatem et civitatem (13).

(12) L. 11. C. de impub. et al. substit. 6, 26.

(13) Status familiae proprie secundum communem opinionem non con-
 stituebatur per independentiam a domestica seu patria potestate, sed
 per hoc quod quis pertineret ad determinatam familiam agnatitiam;
 quae *agnatio*, licet esset conditio necessaria ad exercitium certorum iu-
 rium civilium, non inde tamen debet considerari ut elementum integrans
 capacitatem iuridicam, cum haec non mutaretur cum mutatione familiae
 ad quam quis pertineret. Praeterea status familiae ita intellectus non

CAPUT II.

DE STATU LIBERTATIS IN SPECIE

51. Iure romano omnes homines aut *liberi* erant aut *servi* (1). Tempore praesertim iurisconsultorum classicorum romani servitutem tamquam institutum *iuris gentium* habebant, licet agnoscerent esse contra ius naturale quo omnes homines nascuntur aequales (2).

Liber erat, qui actu non erat obiectum dominii alterius hominis. — Inter liberos distinguebantur: *ingenui*, qui et liberi nati sunt nec unquam libertatem amiserunt, et *libertini*, qui ex iusta servitute liberationem obtinuerant. (*Gaius* I, 10. 11.) (3). Quodsi dominus servum ita liberaret, ut is nonnisi post certum tempus libertatem obtineret, interim dicebatur *statu liber* (4).

Servus considerabatur ut res, quae erat obiectum dominii hominis liberi, ideoque inter servos iuridice nulla erat differentia (5). Servitus erat negatio personalitatis; servi erant res posita in commercio quemadmodum, muli, equi, etc. (6). Si

videtur esse capacitatis iuridicae elementum distinctum a civitate, cum civis romanus necessario determinatam haberet familiam. Tandem status amiliae suum momentum iuridicum perdidit, cum progressu temporis praerogativae agnationis fuerunt quoque concessae cognationi. *Ronga* I. pag. 20.

(1) *Gaius*, Inst. I. 9. « *Summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi* ».

(2) L. 4. D. de stat. hom. 1, 5.; Inst. 1, 2. § 2. i. f.

(3) Inst. 1, 4. de ingenuis pr.; L. 7. D. de stat. hom. 1, 5.

(4) *Ulpianus*, Reg. II. 1. 2. « *Qui sub conditione testamento liber esse iussus est, statu liber appellatur. Statu liber, quamdiu pendet conditio, servus haereditis est* ». *Gaius* II. 200.; L. 9. pr. D. de statu libert. 40, 7.

(5) Inst. 1, 3. de iure person. § 5. « *In servorum conditione nulla est differentia; in liberis multae differentiae sunt* ».

(6) D. 9, 2. ad leg. Aquil. L. 2. § 2.; D. 7, 9. usufruct. quemad. caveat L. 5, § 3.; *Ulpianus*, Reg. XIX. 1.

dominus servum derelinquebat non idcirco is fiebat sui iuris, sed iuridice manebat servus (*servus sine domino*) et quemadmodum res derelicta fiebat *res nullius*, quae in proprietatem veniebat primi occupantis (7).

Dominus servo utebatur ad laborem, quin tamen servus, iurium et obligationum incapax, quidquam acquirere posset nisi pro domino (8). Hinc paterfamilias romanus habuit in servis optima oeconomicae utilitatis instrumenta, quibus diversis modis usus fuit secundum diversum gradum civilitatis romanae, v. gr. ad agros excolendos, ad servitia domestica, ad commercium, ad navigationem, ad artes mecanicas. — Poterant quidem servi contractus inire, peculium administrare, accipere legata et donationes; sed in his omnibus non erant nisi domini instrumentum; inde cum partem haberent in negotiis iuridicis, non suo nomine sed ut mandatarii et instrumenta domini negotia gerebant (9). Inde in ipsam personam vindicabant sibi domini plenam potestatem non exclusa vitae necisque potestate (10), donec sese abusibus opposuit legislatio imperialis, servos ab iniustis sevitiis protegens et tamquam homicidam damnans eum, qui *sine causa legibus cognita* proprium servum occidisset (11).

I. Servitutis origo.

52. Servi aut *nascuntur* aut *fiunt*. Nascuntur servi filii servae. Et quidem antiquo iure rigide applicabatur principium quod nasceretur servus etiam is, qui conceptus a libera, ab

(7) D. 45, 3. de stipul. servor. L. 36.; D. 9, 4. de noxal. act. L. 38. § 1.

(8) D. 1, 6. de his qui sui vel alien. iur. sunt L. 1. § 1.; § 1. Inst. eod. 1, 8.; *Gaius* I. 52. « et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur ».

(9) *Gaius* II. 86-94. III. 163-167.; *Ulpianus*, Reg. XIX. 18-21.; Inst. 2, 9. per quas person. nob. acquirit.

(10) *Gaius* I, 52. « nam apud omnes gentes peraeque animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse ». Cfr. § 1. Inst. de his qui sui vel alien. 1, 8.

(11) § 2. Inst. eod.; *Gaius* I. 53.

hac editus esset postquam in servitutem incidisset (12); quod principium in favorem libertatis deinde emollitum fuit, ut liber haberetur cuius mater aliquo tempore gestationis libera fuisset (13).

Fiebant servi ex facto subsequente nativitatem et quidem ex iure gentium, vel ea iure civili.

Ex iure gentium servi fiebant: Capiti in bello, « *ea, quae ex hostibus capimus, iure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur* » (Inst. 2. 1. de rer. divis. § 17.) (14). Quod ius erat reciprocum, ideoque etiam civis romanus in hostium potestate veniens, dummodo ageretur de bello inter diversas nationes, non de bello civili (L. 5. § 2. D. de captiv. et postlim. 49. 15.), servus et ipse apud hostem manebat. Quodsi quis *de facto* in bello civili amitteret suam libertatem vel quia in latronum manus incidisset, non incidebat in *conditionem* servi (*in servitute erat, sed non servus*).

Cum captivitate in bello connexum est ius *postliminii* et *fictio legis Corneliae*. Ex iure postliminii captus in bello, qui ab hoste evaserat et fines (*limina*) territorii hostium egressus in romanum territorium venerat, libertatem recuperabat et cum ea suorum iurium exercitium (15). — Si in vinculis moreretur per benignam legis *Corneliae* interpretationem considerabatur mortuus ipso momento captivitatis ideoque in pleno exercitio suae libertatis (16); quare valida habebantur testamenta antea condita et in eorum defectu succedebant haeredes le-

(12) *Gaius* I. 89.; *Ulpianus*, Reg. V. 8-1.; D. 1, 5. de stat. hom. L. 24.

(13) *Paulus*, Sent. II. 24. § 1-3.; Inst. de ingenuis 1, 4. innot. L. 5. § 2. 3. D. de stat. hom. 1, 5.

(14) Cfr. quoque: D. 41, 1. de adqu. rer. domin. L. 5. § 7. L. 7. pr. L. 51.; Inst. 1, 3. de iure person. § 3. « *servi autem ex eo appellati sunt quod imperatores captivos vendere iubent ac per hoc servare nec occidere solent. Qui etiam mancipia dicti sunt, quod ab hostibus manu capiuntur* ».

(15) *Ulpianus*, Reg. X. 4.; *Gaius*, Inst. I. 129.; *Paulus*, Sent. II. 25. § 1.; Inst. 1, 12. quib. mod. ius pot. solv. § 6.; D. 49, 15. de captiv. L. 12. § 1.

(16) D. 49, 15. de captiv. L. 18.

gitimi: « *Eius, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit: sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet iure postliminii, sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia* » (17).

53. *Ex iure civili*: 1° civis romanus, qui ut dolose se subduceret publico censui aut servitio militari venum iret *trans Tiberim* servus fiebat (18).

2° Iudicialiter confessus debitum adiudicabatur creditori et libertatem amittebat de facto. Quodsi solvendo impar, post 30. dies ab adiudicatione debitum non solvisset, fiebat servus creditoris, qui extra territorium (*trans Tiberim*) eum vendere poterat (19). Quae adiudicatio (*addictio*) tempore imperii sublata est et substituta est carceratio (C. 9. 5. de privat. carcer. L. 1.).

3° Civis romanus viginti annis maior, qui dolose ad pretium participandum sese venundari passus est, in poenam servus erat (20).

4° Mulier libera, quae cum servo coiret atque in ea unionem invito ac ter denuntiante domino perseveraret, poterat per sententiam illius domini serva fieri atque in domini beneficium omni patrimonio spoliari (21).

5° Ad mortem damnatus amittebat libertatem, fiebat *servus poenae* non alterius hominis; idem obtinebat ante Iustinianum quoad perpetuo damnatos *ad metalla* vel *in opus metalli* (22).

(17) Inst. 2, 12. quib. non est permiss. fac. testam. § 5.; D. 28, 1. qui test. fac. poss. L. 12.; D. 29, 15. de captiv. L. 22. § 1-3.; *Ulpianus*, Reg. XXIII. 5.; *Paulus*, Sent. III. 41, § 8.

(18) D. 49, 16. de re milit. L. 4, § 10.; *Ulpianus* Reg. XI. 11.

(19) *Gellius*, Noct. att. XX. 1.; Cfr. *Gaius*, Inst. III. 189.

(20) § 4. Inst. de iur. pers. 1, 3.; D. 40, 12. de liberali caus. L. 7. § 1. 2.

(21) *Gaius* I. 91. 160.; *Ulpianus*, XI. 11.; *Paulus*, Sent. II. 21. A. § 1.; C. 7, 24. de SC. Claud. toll. L. un.

(22) D. 48, 19. de poen. L. 29. L. 8. § 11. 12. L. 12. L. 17. pr.; Inst. 1, 12. quib. mod. ius pot. solv. § 3.; cfr. Novell. 22, 8. qua Iustinianus servitutem damnatorum ad metalla sustulit.

6° *Revocatio in servitutem* propter *ingratitude*m, cuius revocationis potestas patronis dabatur quoad liberos illius facinoris reos (23).

Ex enumeratis causis, solae quatuor valent ex iure Iustiano: captivitas in bello, condemnatio ad mortem, revocatio propter ingratitude, dolosa venditio in servum ad participandum pretium (Inst. 1. 16. § 1. 1. 3. § 4.)

II. Servitutis extinctio.

54. *Extinguebatur* servitus aut *per legem* aut *per manumissionem*. Inter casus, in quibus lex illam extinctionem decernit, commemorandi sunt, 1° ex S. C. Silaniano servus denuntians homicidam proprii domini in praemium (24). 2° *Serva*, quam dominus emerat sub conditione eam non prostituendi, si postea prostituerit, evadit libera *in poenam* domini (25). Sed praecipuus modus extinctionis servitutis est manumissio.

III. De manumissione.

55. *Manumissio* est actus iuridicus, quo dominus servo libertatem seu sui ipsius dominium concedit (26). Videtur ergo supponere translationem dominii; cum autem iure antiquo una dumtaxat haberetur species dominii, dominium civile seu *ex iure Quiritium*, cum hoc dominium caderet in *res mancipi* translatio dominii solum *modo solemn*i fieri poterat; inde etiam manumissio solemn*i* modo fieri debuit. Tres autem erant solemnes manumissionis formae: *per vindictam*, *per censum*, *per testamentum*.

(23) § 1. Inst. de cap. dim. 1, 16.; D. 27, 14. de iure patronat. L. 5. pr.; C. Theod. 4, 10. de libertis c. 1.

(24) D. 40, 8. qui sine manumiss. ad lib. perven. L. 5. Cfr. c. 1. C. pro quib. cuus. servi pro praem. lib. accip. 7, 13.

(25) D. 38, 14. de iure patronat. L. 7.; D. 40, 8. qui sine manumiss. L. 7.; C. pro quibus caus. servi... 7, 13.

(26) D. 1, 1. de iust. et iur. L. 4.; Inst. 1, 5. de libert. pr.

56. *Manumissio per vindictam* erat symbolica reivindicatio libertatis (27). Dominus et servus apud praetorem urbanum sistebant, tertia persona (*adsertor in libertatem*) accepta *vindicta* seu virgula, caput servi tangebatur ac solemnita verba recitabat: « *Hunc ego hominem liberum esse aio ex iure Quiritium secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui* ». Dominus loco sese opponendi, iustam agnoscebat petitionem *adsertoris in libertatem* ac pronuntiatis solemnibus verbis: « *Hunc ego hominem liberum esse volo* » servum dimittebat (*in iure cessio*). Tum praetor servum in libertatem seu sui dominium addicebat (28).

Lapsu temporis evanuerunt actus symbolici et satis fuit ad manumissionem, ut dominus et servus ante praetorem etiam extra tribunal sisterent, et ille suam voluntatem servi manumittendi manifestaret (29). Dein *adsertori* substitutus est *lictor* (30); donec tandem haec forma manumissionis nihil aliud postulavit, nisi praesentationem servi apud magistratum et declarationem libertatis a magistratu factam (L. 8. D. eod.).

Nota: Manumissio per vindictam originarie fuit transmissio proprietatis, atque assimilabatur *cessioni in iure*, qui erat solennis modus transferendi dominium. *Gaius* II. 24., IV. 16.

(27) *Vindicta* erat virgula quaedam, quam praetoris urbani iussu licitor manumittendi servi capiti imponens, eundem servum in libertatem vindicabat, dicens quaedam verba solemnita. Dicebatur etiam *festuca* « *romani, scribit Plutarchus, quos in libertatem efferunt, tenuem festucam imponunt* ». Et Cic. top. 2. « *Si neque sensu, neque vindicta, nec testamento liber factus est, non est liber* ». — Virgula illa videtur adhibita in omnibus controversiis de proprietate, cuius erat symbolum. *Ulpianus*, Reg. I. 7. « *Vindicta (servi) manumittuntur apud magistratum populi romani* ».

(28) *Ulpianus*, Reg. XIX. 10. « *In iure cedit dominus, vindicat is cui ceditur, addicit praetor* »; *Gaius*, IV. 16. — Si ageretur de vera controversia circa proprietatem, dominus *vindicationi* *contravindicationem* opponeret; sed hic quaestio erat de processu ficto et symbolico, quippe dominus in antecessum volebat servum libertate donare et petitioni *adsertoris* adnuere.

(29) D. 40, 2. de manumiss. vindicta L. 7.; *Gaius* I. 20.

(30) « *Manumissio per lictores hodie, domino tacente, expediri solet, et verba solemnita licet non dicantur, ut dicta accipiuntur* ». *Hermogenianus* fr. 29. D. 40, 2.

57. *Manumissio per censum* obtinebatur si dominus servum detulisset, ut tamquam civis romanus in tabulis census inscriberetur; censor, transcriptione facta, inscribebat ut civem servum, qui antea in censu tamquam pars integrans domini patrimonium erat inscriptus (31).

Sed inscriptio in censum effectum suum non obtinebat, nisi *lustrum condito* sive elapso.

Tempore Vespasiani cessavit census lustralis et cum eo manumissio per censum. *Ulpianus* I. 8.

58. *Manumissio per testamentum*. Testator poterat servum libertate donare, si eum haeredem scriberet. Originarie fuit necessarium, ad hoc ut illa institutio haeredis valeret, ut contineret expressam declarationem concessionis libertatis (32): at Iustinianus sancivit ipsam institutionem haeredis importare manumissionem (Pr. Inst. de haered. instit. 2, 14.; c. 5. C. de necess. serv. haer. inst. 6, 27.).

Poterat etiam testator servum manumittere directo per dispositionem testamentariam titulo particulari aut per fideicommissum (33). In primo casu libertas erat immediata (*directa libertas*); in altero manumissio debebat fieri a fideicommissario (*fideicommissaria libertas*), quam servus iure suo ab hoc repetebat atque Iustinianus sancivit sententiam iudicis ius servi agnoscentis habendam esse pro manumissione (c. 15. C. 7, 4.; D. 40, 5.). Singulare quoque erat discrimen quod testator directe solum proprium servum poterat reddere liberum; per fideicommissum tum proprio servo tum servo haeredis, legatarii vel cuiuslibet extranei libertatem dare pote-

(31) *Ulpianus*, Reg. I. 8.; *Theophilus* ad § 4. Inst. de libert. 1, 5. Eadem ratione *res mancipi* erant inscriptae in tabulis census, et ad transferendum dominium fieri debebat *transcriptio*. Cfr. *Serafini*, Ist. I. libr. I. § 15.

(32) *Gaius* II. 186.: « *Sed noster servus simul et liber et haeres esse iuberi debet, id est hoc modo: Stichus servus meus liber haeresque esto vel haeres liberque esto* ». *Ulpianus*, Reg. XXII. 7.

(33) V. gr. « *Stichus servus meus liber esto vel Stichum servum meum liberum esse iubeo* ». — « *Rogo, fidei committo haeredis mei, ut Stichum servum manumittat* ». *Ulpianus* II. 7.; *Gaius* II. 263. sq.

rat (34). Praeterea directo manumissus testatoris fiebat *libertus orcinus*; qui per fide commissum fuerat manumissus fiebat *libertus fiduciarii* (35).

59. *Forma manumissionis Constantiniana.* Novam formam solemnem manumissionis introduxit Constantinus, qua manumissio fieri poterat coram clero in ecclesiis (c. 1. C. de iis qui in eccl. manum. 1, 13.; C. un. C. Theod. de manum. in eccl. 4, 7.).

IV. De manumissione minus solenni.

60. Quae hactenus explicatae sunt manumissionis formae, solae manumisso plenum sui ipsius civile dominium seu libertatem et civitatem romanam conferebant.

Si minus solemniter fieret v. gr. servum in epistola declarando liberum (*per epistolam*), vel declarando voluntatem in praesentia amicorum (*inter amicos*), vel admittendo ad mensam (*inter epulas, per mensam*), servus adhuc iuridice in servitute manebat; possessionem libertatis, libertatem de facto (*in libertate erant*), non iure, obtinebat.

Eundem effectum iuridicum habebat manumissio etiam solennis servi, in quem manumittens non haberet proprietatem.

V. Manumissio in libertatem latinam.

61. Iure romano antiquo manumissio aut libertatem *romanam* dabat aut nullam; *una enim erat libertas*, libertas civium romanorum. At sub finem reipublicae, praeter dominium *civile*

(34) *Ulpianus*, Reg. II. 10.; *Gaius* II. 263. Cfr. § 2. Inst. de sing. reb. per fid. rel. 2, 24.

(35) *Ulpianus* II. 8.; *Gaius* II. 266.; § 2. Inst. 2, 24. — Nota: « *orcinus libertus*, apud *Calvinum*, Lexic. iurid., dicebatur qui directam ex testamento libertatem acceperat; nec unquam patronum vivum habuit, quasi testatoris *Orcus demissus*. Orcum enim latini Ditem patrem appellarent: quare cum *libertus* ille nullius *libertus* sit, *Ditis*, *Plutonis* sive *Orci libertus* nominatur.

(*Quiritarium*), introducta est nova species domini sc. ex iure gentium, dominium *bonitarium* designatum formula illa *in bonis esse*. Ex tali duplici dominio orta est *duplex libertas*, qua quis est dominus sui. Itaque praetor coepit libertinos tueri tamquam liberos (*tuebatur eos in libertate*), de quibus postea egit lex Iunia Narbona, quae sub Tiberio promulgata decrevit, servos sine solemnibus formis manumissos ab iis qui in eos solum haberent dominium bonitarium, dominium bonitarium sui seu *libertatem latinam* obtinere. Hinc nata est classis media inter cives et peregrinos, sc. *latini*, sic dicti quia aequiparati erant latinis *coloniariis*, a quibus discernebantur appellatione *Iuniani*, quod lege *Iunia Narbona* libertatem obtinuissent (36).

Iustinianus denique omne discrimen inter libertatem romanam et latinam sustulit atque sancivit homines liberos esse cives imperii romani, sicut etiam sustulerat discrimen inter duplex dominium (Tit. C. de latina libert. tollenda 7, 6.).

(36) *Ulpianus* I. 10.; *Dositheus*, *Fragm. regul. incert. auctor.* § 5. 6. « Sed nunc habent propriam libertatem qui inter amicos manumittuntur, quoniam lex Iunia, quae libertatem eis dedit, exaequavit eos latinis coloniariis ». *Gaius* III. 56. « Admonendi sumus, id quod alio loco diximus, eos, qui nunc latini Iuniani dicuntur, olim ex iure Quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos;... postea vero per legem Iuniam eos omnes, quos praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse et appellatos esse latinos Iunianos. Latinos ideo, quia lex eos liberos esse voluit atque si essent cives romani ingenui, qui ex Urbe Roma in latinas colonias deducti Latini coloniarii esse coeperunt; Iunianos ideo, quia per legem Iuniam liberi facti sunt ». — Simile quid accidit in trasmissione proprietatis relate ad *res Mancipi*. Nam si *res Mancipabilis* non trans mittebatur per solemnes formas (*Mancipatio* — *in iure cessio*), scil. per simplicem *traditionem*, is cui fiebat traditio solum dominium *bonitarium* acquirebat. *Gaius* II. 41. « Nam si tibi *rem Mancipi* neque *Mancipavero* neque *in iure cessero*, sed tantum *tradidero*, *in bonis* quidem *tuis* ea res efficitur, *ex iure Quiritium* vero *mea* permanebit ».

VI. De potestate domini in servos per legem Aeliam Sentiam et Fufiam Caniniam restricta.

62. *Lex Aelia Sentia* (a. 757. ab U. C.) haec praecipua capita continebat:

I. Servi, qui durante servitute poenas corporales propter delictum subiissent, non poterant *civitatem romanam* per manumissionem acquirere sed solam *dedititiam libertatem*, qua in eadem conditione erant atque illi populi qui a romanis victi se penitus dediderant (*deditio*), quibus nec commoratio in Urbe Roma aut intra centum milliaria circa Urbem nec civitatis romanae adquisitio erat permissa (37).

II. Dominus, qui vigesimum annum non explesset, non poterat manumittere nisi per *vindictam* et probata iusta manumissionis causa apud consilium, cui praeerat magistratus (38).

III. Iisdem formalitatibus adstringitur manumissio servi qui nondum attigisset trigesimum aetatis annum. — Ceterae vero manumissiones solum tribuerent libertatem latinam Iunianam (39).

IV. Manumissiones factae in fraudem creditoris erant nullae, si factae *ex dolo* et cum detrimento creditoris (40).

Lex Fufia Caninia modo aliquantulum singulari restrinxit potestatem manumittendi per testamentum relate ad numerum servorum, declarando nullas manumissiones, quae dictum numerum excederent (41).

(37) § 3. Inst. de libertinis 1, 5.; *Gaius* I. 13-15. 26-27.; *Ulpianus* I. 11.

(38) § 4. Inst. qui et quib. 1, 6.; *Dositheus* l. c. § 13., *Gaius* I. 38.; *Ulpianus* I. 13. — De iustis causis cfr. *Gaium* I. 19-39.; § 5. Inst. eod.; D. 40, 2. de man. vind. L. 9-16. — *Iustinianus* vero (Nov. 109. c. 2.) permisit eum qui iam 14. annum aetatis explesset posse per testamentum proprios servos manumittere, cum in Inst. l. c. § 7. requisivisset 17. annos.

(39) *Ulpianus* I. 12.; *Gaius* I. 17-22.

(40) Inst. l. c. § 3.; D. 40, 9. L. 4-11. L. 16. § 2-5. L. 18. L. 23-29.; *Gaius* I. 37.; *Ulpianus* I. 15.; *Dositheus* l. c. § 16.

(41) *Lex Fufia Caninia* iubet testamento ex tribus servis non plures quam duos manumitti, et usque ad decem dimidiam partem manumittere

Iustinianus autem, ut libertati faveret, utramque legem Aeliam Sentiam et Fufiam Caniniam aboluit, excepta prohibitione manumittendi cum diminutione patrimonii in fraudem creditorum (§ 3. Inst. qui et quib. 1, 6.).

VII. Patroni et liberti.

63. A servitute per manumissionem emancipati in relatione ad manumittentem fiebat *libertus*; manumittens erat *patronus*. Ante Iustinianum *libertus* carebat iuribus politicis, ipsi erat prohibitum deferre annulos aureos. Quae incapacitas cessabat per rescriptum imperiale (*natalium restitutio* — *ius aureorum annulorum*) (42). Sed Iustinianus ipsis absolutam capacitatem concessit. (Novella 78. c. 1. init. et in med.).

Patronus habebat ius ad obsequium et honorem liberti atque certa quaedam iura haereditaria; sed vicissim obligatione tenebatur subministrandi alimenta si egeret secus patronatu excidebat (43).

VIII. De colonis.

64. *Colonatus* erat status medius inter libertatem et servitutem, cuius origo obscura quaerenda est tempore imperii. *Coloni* erant tenuiores quidam agrorum conductores, conditione quidem liberi, sed perpetuo vinculati fundo, quem exco-

concedit: a decem usque ad triginta tertiam partem ut tamen adhuc quinque manumittere liceat aequae ut ex priori numero: a triginta usque ad centum quartam partem, aequae ut decem ex superiori numero liberari possint: a centum usque ad quingentos partem quintam, similiter ut ex antecedenti numero viginti quinque possint fieri liberi. Et denique praecipit, ne plures omnino quam centum ex cuiusquam testamento liberi fiant». *Ulpianus*, Reg. I. 24.; cfr. *Gaius*, Inst. I. 43.; *Paulum*, Sent. IV. 14. § 4.

(42) C. 9, 21. ad leg. Visell. L. un.

(43) D. 37, 15. L. 9. 2. 5. 6. 7.; D. 37, 14. de iur. patronat. L. 1. 5. i. f. 19.; D. 2, 4. de in ius voc. L. 4. § 1.; D. 38, 1. de operis libert. L. 7.; D. 35, 3. de agnosc. et al. lib. L. 6.; Inst. tit. de success. libert. 3, 7.

lebent (*licet videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius cui nati sunt*). Desertio reddebat servos.

Conditio erat haereditaria; sed poterant etiam fieri liberi. Obtinebant libertatem per manumissionem et per obtentionem dignitatis episcopalis. Quod institutum magnum incrementum accepit ob miseriam temporum et ob tristem agriculturae statum. Ad colonatum se referunt plures leges latae ultimo tempore imperii (44).

CAPUT III.

STATUS CIVITATIS IN SPECIE

65. Iure romano classico homines liberi distinguebantur in *cives et peregrinos* (*cives et non cives*). Soli *cives* omnibus fruebantur iuribus *civilibus* et *politicis*; ceteri nullo gaudebant Romae iure politico, in iure privato non poterant invocare *ius civile romanorum* sed solum *ius gentium*.

Iura porro *politica* erant *ius suffragii* in comitiis et *ius honorum* seu magistratum romanum capessendi. — Iura *civilia* praesertim erant: 1° *ius connubii* seu matrimonium cum omnibus illius matrimonii effectibus iuridicis praesertim *patria potestate* et *agnatione*; 2° *commercium* seu ius paragendi negotia iuridica ordinis patrimonialis secundum ius civile, ius acquirendi proprietatem romanam, ius condendi testamenti formis romanis et cum effectibus iuridicis iuris civilis, ius passivum ut possent scribi haeredes, legatarii, testes (testamenti factio *activa* et *passiva*), atque qui his quatuor iuribus gauderent dicebantur *optimo iure cives*, ceteri *non optimo*.

66. *Civitas romana* acquirebatur: *nativitate*, *manumissione*, *concessione speciali*.

I. Filii nati ex parentibus, qui inter se haberent *connubium* seu iustas nuptias, cives erant si civitate gaudebat pater momento generationis. Natus vero ex personis, inter quas

(44) Cfr. Cod. XI. 47. 49-52. 62. 63. 67. 68.

iustae nuptiae non essent, sequebatur conditionem quam mater partus tempore haberet (1).

II. Ut iam dictum est cap. praecedenti ex iure romano *antiquo*, ut manumissio civitatem romanam daret, necesse erat ut fieret a cive romano dominium civile in servum habente et solemnibus formis servatis. Secus initio erant inefficaces etiam in ordine ad dandam libertatem, serius libertatem latinam concedebant. Illi porro latini statum medium habebant inter cives et peregrinos et distinguebantur in *coloniarios* et *iunianos*. *Latini coloniarii* erant qui habitabant in coloniis latinis; *iuniani* erant libertini, qui ob non servatam solemnem iuris civilis formam manumissionis non adquirebant dominium civile romanum sui (*civitas*) sed solum dominium iuris gentium iuxta legem Iuniam Narbonam. Qui latini etiam in hoc statum medium constituebant, quod *iure commercii* gauderent, *ius connubii* non haberent. — Immo ipsum ius commercii limitatum habebant, cum carerent, facultate testandi et acquirendi per testamentum nec poterant fieri tutores testamentarii (2) ac eorum bona post mortem ad antiquum dominum transirent (*in ipso ultimo spiritu animam atque libertatem amittebant*) (3). — Nonnulli tamen aderant casus, in quibus latini et peregrini civitatem adquirere poterant (4).

III. *Concessione speciali* civitas, primum per populum et senatum, dein per imperatores ex beneficio concedebatur determinatis personis atque etiam populis et provinciis. Promittebatur in praemium iis, qui determinata servitia praestitissent statui vel Urbi, et Ant. Caracalla ex beneficio largitus est

(1) *Gaius* I. 89.; *Ulpianus* V. 8-10.; D. 1, 5. de statu hom. L. 24.

(2) *Gaius*, Inst. I. 23.; *Ulpianus*, Reg. XX. 14. XXII. 3. 8.

(3) Inst. 3, 7. de success. libertor. § 4.

(4) « Latini ius Quiritium consequuntur his modis: beneficio principali, liberis, iteratione, militia, nave, aedificio, pistrino: praeterea ex senatus consulto vulgo quae ter sit onixa ». *Ulpianus*, Reg. III. 1. Cfr. explicationem apud eundem *Ulpianum* l. c. et VII. 4. et apud *Gaium* I. 28-34. 66-96.

omnibus hominibus liberis in imperio romano domiciliatis (5). — Quare iure Iustiniano nullum iam intercedit discrimen inter cives latinos et peregrinos; omnes inhabitantes imperium romanum sunt cives, ceteri *barbari*.

67. *Estimatio civilis*. Civitas romana ob publicas et privatas praerogativas quibus erat connexa, externam quamdam dignitatem et honorem tribuebat (*civis romanus sum*). Quae personalis dignitas et aestimatio conservabatur, donec vita foret civiliter irreprehensibilis (6). At illesa illa dignitas poterat amitti vel minui. Amittebatur amissione libertatis vel civitatis. Minuebatur pluribus de causis, praesertim relegatione, remotione ab ordine equestri, exclusione a muneribus publicis, fustigatione et maxime *infamia*.

Infamia: Causae propter quas incurrebatur infamia erant indicatae in edicto praetorio. Aliae immediate et directe oriuntur ab exercitio professionis vilis vel ab actibus turpibus in lege vel edicto notatis (*infamia immediata*); aliae praesupponunt sententiam condemnatoriam de crimine aut propter factum ex iis quae dabant locum quatuor actionibus infamantibus, sc. mandati, depositi, societatis et tutelae (*infamia mediata*) — Infamia amittebantur iura politica et ordinarie inducebatur incapacitas *postulandi*, sc. infamia notatus non poterat sistere in iudicio tamquam procurator seu mandatarius alterius nec intentare actiones populares.

Praeter memoratam *infamiam iuris*, aderat etiam *nota*, *turpitudine* (*infamia facti*), quae suas etiam habebat sequelas iuridicas.

(5) « In orbe romano qui sunt, ex constitutione Imperatoris Antonini cives romani effecti sunt ». D. 1, 5. de statu homin. L. 17.

(6) « Existimatio est dignitatis illesae status legibus ac moribus comprobatus ». D. 50, 13. de extraord. cogn. L. 5. § 1.

CAPUT IV.

STATUS FAMILIAE IN SPECIE

68. *Fundamentum naturale familiae* est propinquitās sanguinis seu *cognatio*, seu illa inter duas personas relatio, quae oritur ex eo quod una ab alia per generationem descendat, vel utraque ab uno communi stipite. Scitum est, romanos gradus cognitionis tam in linea recta quam in collateralī numerasse secundum numerum generationum, qui modus computandi valde differt a modo computationis proprio iuris ecclesiastici (1).

Fundamentum civile familiae. Praeter propinquitatem sanguinis (*cognatio*), datur propinquitās *civilis* (*agnatio*). Haec consistit in vinculo familiari ratione dominii capitis familiae in membra ipsius familiae et ex singulari caractere patriae potestatis apud romanos. — Civis enim romanus sub patria potestate habebat non solum filios sed horum etiam descendentes, eamque etiam poterat acquirere in non descendentes per solemnem adoptionem. Inde poterat constitui familia valde numerosa, quorum membra unirentur vinculo patriae potestatis. — Omnes hae personae vocabantur *agnatae*, et vinculum agnationis perseverabat etiam postquam communis familiae capitis mors abruperat vinculum commune patriae potestatis et nonnulli eorum qui eidem subiciebantur devenirent capita independentia propriae familiae. Quo in casu magna familia originaria scindebatur in plures familias aliqua ratione independentes, inter quas tamen perseverabat commune vinculum agnationis.

Vinculum agnationis *extinguebatur* si cessabat patria potestas, quae illius agnationis erat fundamentum, ob causam di-

(1) D. 38, 10. de gradibus L. 1. L. 4. § 1.; § 17. Inst. de gradib. cognat. 3, 6.

stinctam a morte patrisfamilias. Filius emancipatus vel alteri in adoptionem datus amittebat agnationem.

69. Agnatio ergo comprehendebat omnes personas quae erant sub patria potestate aut eidem subiectae essent, si communis paterfamilias non obiisset. Cum autem nati ex *filia* non essent sub patria potestate avi materni, ad huius familiam non pertinebant, et licet cum hoc eiusque descendenti-bus sanguine propinqui essent (*cognati*), *agnati* tamen non erant. Hinc intelligitur *Ulpiani*, Reg. XI. 4. definitio: « *Agnati sunt a patre cognati virilis sexus per virilem sexum descendentes, eiusdem familiae* » (Cfr. *Gaium* III. 10.). Quae tamen minus exacta aliquibus videtur, quia non omnes agnati sunt etiam cognati, cum agnati habeantur etiam illi qui per adoptionem ingrediuntur in familiam adoptantis; sed hoc ideo est quia traditio scholastica per Theophilum collecta creavit in adoptione cognationem aliquam fictitiam (2).

De familia apud Romanos.

70. Nomen *familia* variam habet significationem. Nam significat vel complexum personarum, quae sunt sub patria potestate patrisfamilias, vel complexum bonorum patrisfamilias, vel complexum servorum illius potestati dominicae subiectorum (3). Proprie vero intelligitur complexus agnatorum, in quo sensu familia iure romano antiquo erat fundamentum iurium politicorum et praecipuorum iurium civilium, cum in ipsa fundaretur legitima haereditas et tutela. Atque haec est ratio cur antiqui romani considerarent *statum familiae*

(2) « Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest, quod inter genus et speciem: nam qui est adgnatus, et cognatus est; non utique autem qui cognatus est, et adgnatus est: alterum enim *civile*, alterum *naturale* nomen est ». *Paulus*, L. 10. § 4. D. de gradibus 38, 10.

(3) « Familiae appellatio qualiter accipiat, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in *res* et in *personas* deducitur... Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate, aut natura, aut iure subiectae ». D. 40, 16. de verb. signif. L. 195. § 1. 2.

tamquam fundamentum iurium civilium et politicorum, et abruptionem vinculi familiae tamquam capitis diminutionem.

Familia romana hoc modo considerata multum habet de artificiali et arbitrario. Etenim ex dictis includit personas, quae non habent communitatem originis (filios adoptivos); excludit propinquos seu cognatos per lineam maternam descendentes et quoad paternam lineam excludit emancipatos: quo fit, ut, dum duo propinqui in decimo atque adeo in vigesimo gradu eiusdem sunt familiae, *quia descendunt ex eodem masculo per masculos*, filius cum propria matre nullum habeat vinculum civile, nisi haec sit *in manu* mariti, et filii emancipati nequidem cum patre ligantur vinculo civili. Hinc satis iniquum consecrarium, quod iure romano antiquo adgnatus in decimo gradu a civili haereditate excludat cognatum in secundo gradu, quia legitima haereditas in sola adgnatione fundatur, non in cognatione. Talis ordinatio familiae, praesertim quoad successiones, invisa fieri coepta est; quare primum praetor debuit maiorem habere rationem cognationis, deinde vero Iustinianus fere aboluit agnationem atque ita restituit naturae sua iura et familiae suum verum et rationale fundamentum, quod est communitas originis seu cognatio. (Cfr. Nov. 118.).

De gentilitate.

71. Cum antiqua familia romana connexa erat antiqua gentilitas. *Gentes* constituebantur complexu familiarum vinculo agnationis unitarum, cuius externum signum erat *communitas nominis* (4). Ratio gentis non ad ius publicum tantum sed etiam aliqua ratione ad privatum pertinebat, cum in defectu agnatorum *gentiles* ad haereditatem et tutelam legitimam vo-

(4) « Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus, et is, qui simili nomine appellatur ». *Festus* de verb. signif. Cfr. *Cicero*, *Topica* VI. 29. — Romani habebant tria fere nomina: *praenomen*, *nomen*, *cognomen* (*Marcus*, *Tullius*, *Cicero*); primum *personae*, alterum *gentis*, tertium *familiae* signum erat. *Heineccius*, *Inst.* I. § 220. 221.

carentur. Sed institutum gentilitatis cito in desuetudinem abiit, ut iam de tempore Gaii constat (5).

De affinitate.

72. Aliqua ratione ad iura familiae pertinet affinitas; nam licet in iura affinium influxum non haberet, poterat esse impedimentum pro matrimonio et inducere obligationem alimentorum.

Est autem *affinitas* vinculum ex matrimonio ortum inter unum ex coniugibus et consanguineos alterius (6). Quae existere poterat in *linea recta* inter unum coniugem et ascendentes vel descendentes alterius, vel in *collaterali* inter unum coniugem et consanguineos collaterales alterius. Quare una ex personis illo vinculo ligatis semper debet esse coniux, nec consanguinei unius sunt affines cum consanguineis alterius sed cum coniuge ipso (7). Gradus in ipsa affinitate in rigore non adsunt, cum affinitas non oriatur directe ex generatione, nihilominus ipsi applicantur gradus consanguinitatis hac regula, quo gradu quis est consanguineus unius coniugis, eo gradu est affinis alteri coniugi.

CAPUT V.

DE CIRCUMSTANTIIS, QUAE IN IURA PERSONARUM INFLUUNT SEU STATUM IURIDICUM PERSONAE ALIQUATENUS IMMUTANT.

73. Plures sunt illae circumstantiae, quae cum capacitatem *iuris* vel capacitatem *agendi* immutent, etiam inde in statum iuridicum personae physicae influunt. Praecipuae sunt: aetas, sexus, morbi, religio, vitae professio, onor civilis.

(5) Gaius III. 17. «... totum ius gentilitium in desuetudinem abiisse».

(6) D. 38, 10. de gradib. et affinib. et nominibus eorum. L. 4. § 9.

(7) Arg. § 8. Inst. de nupt. 1, 10.

Aetas. Tum evolutionis physicae tum intellectualis rationem habere debuit legislator romanus relate ad iuridicam personarum capacitatem; cum enim illa evolutio gradatim perficiatur, congruum fuit, ut etiam capacitas agendi, quae voluntatem et deliberationem supponit, mutaretur. Hunc in finem ius romanum hominum aetatem in quatuor partitur periodos: infantiam, impubertatem, pubertatem et aetatem maiorem.

74. Infantia (in-fari) in iure antiquo, in quo actus iuridici perficiebantur verbis solemnibus, videtur secundum sensum grammaticalem significasse restrictam illam vitae periodum, quae determinatur ex incapacitate loquendi (*qui fari non potest*), atque inde videtur cessasse statim ac dabatur illa capacitas materialiter articulandi voces (L. 30. § 1.-2. D. 40, 5.). Iure vero novo infantia absolvitur septimo anno completo, unde significatio etymologica non amplius respondet significationi iuridicae (1). Iam vero infans absolute privatur capacitate agendi, sive agatur de casu quo melior, sive agatur de casu quo deterior eius conditio fiat (I. 3, 19. de inut. stip. § 10. iunct. § 8.; L. 1. § 13. D. de oblig. et act. 44, 7.). Quodsi infans sit *sui iuris*, recipit tutorem (I. 1, 13. de tut. § 3).

75. Impubertas in antiquissimo iure se protendebat usque ad tempus quo habebatur potestas procreandi, quae potestas in singulis casibus debebat probari ex habitu et inspectione corporis (2). Satis mature hoc systema, quod erat expositum errori et parum consulebat decentiae, fuit dimissum quoad feminas, quarum impubertas fuit pro omnibus definita infra annum duodecimum ex unanimi iurisconsultorum sententia; quae concors sententia non potuit haberi de impubertate viri, contententibus Proculeianis, eam anno 14. esse definiendam et e contra Sabinianis mordicus tenentibus eam dependere ab evolutione singulorum et in casu dubii esse recurrendum ad ocularem inspectionem (3), donec *Iustinianus* opinionem Pro-

(1) Sunt tamen qui cum *Accarias*, Précis I, p. 327. tenent, iam tempore classico iurisprudentiae, periodum infantiae fuisse determinatam per septennium independentem ab usu loquelaе.

(2) *Gaius* I. 196.

(3) *Gaius* I. 196.

culeianorum sanciens etiam quoad masculos, aetatem 14. annorum definivit (4).

Impubes qui aetatem infantilem excessit capacitatem agendi habet limitatam, cum solus actus onerosos ponere non possit et si est sui iuris ponitur sub tutela (5); potest tamen solus eos actus ponere, qui sunt ipsi favorabiliores vel quibus aliquod acquirit ius (6). Impuberi infra septennium aut *infantiae proximo* non imputantur actus illiciti, qui sine discretione positi censentur (*incapaces doli*). Quoad impuberem in plena impubertate constitutum dependet imputatio ab actuali capacitate deliberationis. Quodsi impubes sit proximus pubertati habetur doli *capax* et actus illiciti ipsi ex iure imputantur (7). Nihil tamen est magis controversum quam illa divisio impuberum in *infantiae proximos* et *proximos pubertati* (8), cum alii illam proximitatem deducunt ex actuali mentis evolutione; alii vero inde petunt, quod masculus sit constitutus *infra* vel *supra* decimum annum cum dimidio, femina *infra* vel *supra* nonum annum cum dimidio (9).

76. Minor aetas durat usque ad 25. annos, et qui infra illum annum sunt constituti, sunt *puberes*. Quae periodus introducta fuit per legem *Plaetoriam* ante a. 192. ante Chr. Minores puberes non sunt amplius incapaces ad actus iuridicos, si excipiatur alienatio et nonnulli alii actus; possunt se obligare, nec datur ipsis tutor sed curator; insuper habent beneficium restitutionis in integrum, quando in aliquo actu fuerunt laesi. Quodsi minor masculus iam complevit 20. annum vel femina 18. potest obtinere a Principe declarationem maioritatis (*venia aetatis*), qua per omnia aequiparatur maiori, excepta alienatione immobilis (Cod. Tit. De his qui ven. aetat. impetr. 2, 45.).

(4) I. 1, 22. quib. mod. tut. fin. pr.; L. ult. C. 5, 60.

(5) I. 1, 21. de auct. tut. pr.; I. 1, 13. de tul. § 3. initio.

(6) I. 52, 8. pr.; L. 11. de acq. dom. 41, 1.

(7) *Van Vetter* I. p. 86.

(8) I. 3, 20. § 10.

(9) *Ronga* I. p. 22. not. 3.; *Thibaut* I. § 121.; *Maynz* I. § 99.

Aetas maior, quae minori succedit, usque ad mortem protenditur, atque est periodus pleni iuris communis, tum quoad iuridicam capacitatem agendi tum quoad obligationes (10).

77. Sexus. Relate ad sexum regula generalis est in iure novo, masculos et feminas eadem gaudere conditione iuridica, atque iuris dispositiones, quae de sexu masculino sunt datae, esse applicandas sexui feminino, ubi lex expresse contrarium non caveat (11). Pluribus tamen incapacitatibus feminae afficiuntur: 1° carent omnibus iuribus politicis (12). 2° Non possunt exercere iura privata, quae sunt ordinis publici (13). 3° Patriam potestatem non habet (14) nec facultatem disponendi de bonis matrimonii (15). — Iure classico alias etiam habuit incapacitates: non solum erat obnoxia patriae potestati et tutelae impuberum, sed veniebat in *manum* mariti et in tutelam sexus; quae quatuor potestates sese invicem supplebant, ita ut femina nullo vitae tempore plenam personalem independentiam haberet. Ex lege *Voconia* (ante a. 169. ante Chr.) haeres institui non poterat a possidente aeris centum millia et *Voconiana ratio* eas a successione agnatorum repellebat praeterquam ex qualitate sororis (16).

78. Morbus (i. e. corporis infirmitas actualis et temporanea, vel *vitium* (i. e. perpetuum corporis impedimentum, ut puta carentiam organi) (17) sunt etiam considerata in aestimanda capacitate iuridica personarum. Quae infirmitates corporales tum exercent influxum in iura personarum cum sunt *vitia*, propter quae variae inducuntur incapacitates et nonnumquam

(10) Aetas nimis protracta potest esse iusta causa, cur quis dispensetur ab aliquo publico officio v. gr. a suscipienda tutela.

(11) L. 195. D. de verb. sign. 50, 16. « Pronuntiatio sermonis in sexu masculino, ad utrumque sexum plerumque porrigitur ».

(12) L. 2. D. de R. I. 50, 17.

(13) I. 2, 10. § 6.; L. 16. pr. D. 26, 1.; L. 6. D. 47, 23.; L. 8. D. 48, 2.; L. 2. D. de R. I. 50, 17.

(14) I. 1, 11. de adopt. § 10.

(15) L. 7. § 3. D. 23, 3.

(16) *Gaius* I. 109. 144., II, 274., III, 14.

(17) L. 101. § 2. D. de V. S. 50, 16.

vitiosi subduntur curatellae. Inter vitiosos corpore, praesertim notandi sunt impotentes sive *spadones* sive *castrati*, quae impotentia est causa non recognoscendi infantes ab uxore impotentis habiti durante viri impotentia; praeterea castrati non possunt contrahere matrimonium, nec adoptare (18). — Quoad morbos mentis, hi tribus vocabulis in fontibus designantur: *dementes* (abolitio completa usus mentis); *furiosi* (in quibus morbus mentis manifestatur actibus externis violentis et patitur generatim *lucida intervalla*); *mentecapti* (potius importat incompletam evolutionem mentis seu mentis stupiditatem); a quibus mentecaptis distinguendi sunt *rustici* (19). Etiam *prodigalitas* habetur ut animi morbus (L. 1. pr. D. de curat. fur. 27, 10.). *Dementes* habentur cuiuscumque actus iuridici incapaces; *mentecapti* et *prodigi interdicti* sunt incapaces actus iuridici onerosi. Omnibus autem datur curator.

79. Religio sive confessio ut aiunt religiosa. Apud antiquos romanos religionis diversitas influxum in capacitatem iuridicam non habuit, christiani pariter et hebraei iuri communi subiiciebantur. Iure vero Iustiniano religio christiana est religio Status, atque ad eam pertinentes (*fideles*) soli sunt, qui plenitudine iurium civilium gaudent. Haereticis atque infidelibus plura denegantur iura.

80. Vitae professio generatim in statum iuridicum personae influxum non exercet, paucis tamen exceptis; v. gr. exercitium lenocinii infamiam inducit, militia vel sacerdotium pluribus dat locum privilegiis.

81. Domicilium. Etiam postquam omnes subditi imperii, obtinuerant ius civitatis romanae independentem a loco unde traherent originem, et inde Roma facta est omnibus patria comunis (L. 33. D. Ad munic. 50, 1.), domicilium perrexit habere maximum momentum iuridicum, praesertim relate ad onera personalia et ad competentiam iudiciariam.

Domicilium intelligitur locus ubi quis habet, vel ex legis

(18) L. 6. D. 1, 6.; L. 39. § 1. D. 23, 3.; I. 1, 11. de adopt. § 9.

(19) L. 7. § 1. D. de cur. fur. 28, 10.; L. 14. D. de off. praesid. I, 18.; L. 9. C. de imp. et al. subst. 6, 26.; L. 6. § 19. D. de excus. 27, 1.

dispositione reputatur habere, sedem principalem suorum negotiorum et honorum (*ubi quis rerum suarum summam constituit*, L. 7. C. 10, 39.). Hinc apparet distingui domicilium reale seu *voluntarium* et *fictum* seu dispositione iuris constitutum et inde *legale* seu *necessarium*. Primum constituitur duplici elemento: facto sc. commorationis et intentione perpetuo ibi permanendi, si nihil avocet (20); nec sufficit causa temporanea, puta commercii, studiorum, agrorum culturae etc. (21). Domicilium necessarium seu legale, est illud quod constituitur a lege pro aliqua determinata persona, sive in poenam sive ob rationem officii vel propter conditionem familiae, v. gr. relegatus domicilium habet necessarium in loco relegationis, miles in loco praesidii, filiusfamilias ubi paterfamilias, uxor ubi maritus etc. (22). Ratione domicilii, iudex est competens in omnes actiones intentatas contra domiciliatum, *actor sequitur forum rei* (L. 3. C. ubi in rem actio 3, 19.).

82. Honoris civilis integritas etiam erat conditio necessaria ad plenam capacitatem iuridicam; quae possessio honoris civilis habebatur veluti status coniunctus cum statu civis Romani, qui tamen minui poterat ob certas actiones vel conditiones, quae publicae opinionis contemptum inducerent. « *Existimatio est status illaesa dignitatis legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur* ». « *Consumitur quoties magna capitis diminutio intervenit* » L. 5. § 1. 3. D. de extraord. cogn. 50, 13.

Diminutio honoris civilis praesertim habetur ex *infamia*, quae est diminutio bonae existimationis apud probos et honestos viros, quam consequuntur effectus iuridici a lege sanciti (23). Causae unde enascitur infamia ad duplex caput re-

(20) L. 20. 27. § 1. D. Ad munic. 50, 1.; L. 7. C. de inc. 10, 39.; L. 203. D. de V. S. 50, 16.

(21) L. 2. 3. 4. C. de inc. 10, 59. Cfr. quoque L. 5. 6. § 2., 27. § 2. D. Ad munic. 50, 1. Unde constat posse haberi duplex domicilium, si quis duplici loco habet habitationem in instructis aedibus.

(22) L. 3. 4. 22. § 3. 27. § 3. 38. § 3. D. Ad munic. 50, 1.; L. 8. ult. C. de inc. 10, 39.

(23) In iure antiquo *Censor* suo arbitrio et conscientia ductus vel

duci possunt; vel enim resultat ex exercitio alicuius vilis professionis aut ex positione turpis actionis a lege designatae (*infamia immediata*); vel consequitur sententiam condemnatoriam (24) de facto quod a lege reputatur turpe, quin tamen necessarium sit ut iudex pronuntiet infamiam esse incursum (*infamia mediata*).

Causae infamiae *immediatae* sunt: lenocinium exercitum per modum industriae, prostitutio, matrimonium viduae durante anno luctus (25). Infamiam *mediatam* inducebat sententia condemnatoria ob delictum *publicum*, ob *certa* etiam delicta *privata* v. gr. *furtum* aut etiam ob certas actiones *civiles* v. gr. *actio pro socio*, *actio mandati* (26).

Quodsi *nota censoria* carebat effectu post mortem magistratus qui illam inflixerat, infamia ex legis dispositione incursum (*infamia iuris*) perdurabat quantum ipsa persona, cui fuerat inusta, nisi per annulationem sententiae infamantis aut per dispensationem principis iam fuisset sublata (27).

Infamia infamatum reddebat incapacem: 1^o *ad postulandum* pro aliis et inde ad exercendam *actionem popularem*; quae exclusio a postulando firmabatur *exceptione procuratoria*, qua adversarius poterat recusare procuratorem infamem (I. § 11. De except. 4, 13.) (28); 2^o succedendi per testamentum cum exclusione patris vel sororis (tam germani quam consanguinei) testatoris (29); 3^o excludebatur infamis a muneribus publicis (30); 4^o testis infamis non merebatur fidem (31).

forte populari opinione, sua *nota censoria* infamiam irrogavit; cui nimio arbitrio limes positus est, postquam Praetor in suo *edicto* casus infamiae incurrendae determinavit.

(24) Quae sententia ut illum effectum iuridicum produceret, oportebat ut esset sententia iudicis *ordinarii*, pronuntiata post causae cognitionem, *expresso nomine* eius contra quem proferebatur. L. 6. § 2. 13. § 5. 6. D. De his qui not. 3, 2.; L. 17. C. Ex quib. caus. inf. 2, 12.

(25) L. 4. § 2. § 3. L. 24. L. 11. 12. 13. D. de his qui not. 3, 2.

(26) L. 7. D. de publ. ind. 48. 1.; L. 6. D. de his qui not. 3, 2.

(27) L. 1. § 9. 10. D. de post. 3. 1.; L. 3. C. de gen. abol. 9, 43.

(28) L. 1. § 6. 8. D. de postul. 3. 1.; L. 4. 6. D. de pop. act. 47, 23.

(29) L. 27. C. de inoff. testam. 3, 28.

(30) L. 2. C. de dignit. 12, 1.; L. 3. C. de re milit. 12, 36.

(31) L. 13. D. de test. 22. 5.

83. Scholion: In fontibus iuris romani praeter *infamiam* reperitur *turpitude* et *levis nota*, quae cum infamia conveniunt in exclusione a successione. *Turpitude* a nonnullis dicitur *infamia facti* per oppositionem ad *infamiam iuris* ante descriptam, et videtur incurri ex actionibus, quae turpes habebantur apud publicam opinionem, v. gr. ex abortu, ex ebrietate habituali. *Levis nota* videtur fuisse incursa ex infimis natalibus aut ex vili professione (Cfr. *Ronga* I. p. 28.).

CAPUT VI.

DE CAUSIS QUIBUS EXTINGUITUR VEL MUTATUR PERSONALITAS PERSONAE PHYSICAE

84. Personalitas physica cum constet existentia humani individui et possessione status libertatis, civitatis et familiae, necessario amittitur, tum per mortem individui tum per circumstantias, quibus perditur *libertas, civitas vel familia*; quae amissio unius ex tribus illis elementis dicitur *capitis diminutio*.

Mors autem, quae fundamentum aufert personalitas, non praesumitur etiam ex longi temporis absentia quin sciatur an vivat vel decesserit (Nov. 117. c. 11.), sed probanda est ab eo, qui eam allegat tamquam fundamentum sui iuris. Quare huius personae successio adiri non potest ab haeredibus (1); nec alter coniux ad novas nuptias transire potest nisi coniugis mortem testibus comprobarit; quodsi etiam facta probatione coniux qui censebatur mortuus comparuerit potest is matrimonii restaurationem exigere (2). Absentia tamen per quinquennium ab uno coniuge protracta quin sui notitiam dederit, alteri coniugi iuris instituendi divortii iusta causa est. At etiam incertitudo de vita alicuius, impedit ne huic iura efficaciter acquirantur, nisi cum postea comparuerit (3).

(1) Arg. L. 3. C. de postlim. revers. 8, 51.; Nov. 117. c. 11.

(2) Nov. 117. c. 11.

(3) L. 7. pr. et m. D. fam. ercisc. 10, 2.

Filii impuberes absentis a magistratu tradendi sunt educandi alteri personae, praesertim matri (4), atque pro bonorum administratione nominandus eis est curator (5). Pariter capto ab hostibus debet dari curator pro bonis administrandis ad petitionem praesumpti haeredis vel creditorum (6).

Quodsi duae personae eodem casu perierint et aliquod ius dependeat ab unius superviventia (v. gr. si una alteram haeredem iustituerat), haec ab allegante est probanda quemadmodum probantur alia facta (7). Subsidiarie ex iuris praesumptione ascendens praesumitur supervixisse descendenti qui cum ipso periit, si is erat impubes, et e contra si erat pubes (8). Quae praesumptio invocari nequit in casu quo una ex personis non descendat ab alia, sed in tali casu censentur eodem momento periisse (9).

De capitis deminutione.

(I. 1, 16. de capitis deminutione. — D. 4, 5. de capite minutis;
Gaius I. § 159. sq.).

85. *Capitis deminutio* est prioris status permutatio, eaque tribus modis accidit: nam aut *maxima* est capitis deminutio, aut *minor* quam quidam *mediam* vocant, aut *minima*. *Maxima* est capitis deminutio cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit, et consequenter etiam familiam. *Minor* seu *media* est capitis deminutio, cum libertas retinetur, civitas amittitur et consequenter etiam familia. *Minima* capitis deminutio est, cum civitas et libertas retinetur et amittitur familia. (*Inst. Digest. et Gaius loc. citatis*). *Maxima* et *media* capitis deminutio, saepe comprehenduntur sub communi de-

(4) Arg. L. 1. C. ubi pup. educ. 5, 49.

(5) Arg. L. 8. C. de bon. quae lib. 6, 61.

(6) L. 3. C. 8, 51.; L. 6. D. 42, 4.

(7) L. 32. § 14. D. 24. 1. de donat. int. V. et U.

(8) L. 22-23. D. 34, 5. de reb. dub.

(9) L. 26. D. 39. 6. de mort. caus. donat.

nominatione et dicuntur *magna capitis deminutio* (10) vel *mors civilis*. — Sed capite non minuitur servus cum manumittitur, quia nullum caput habuit, nec qui dignitatem amisit v. gr. qui senatu motus est.

86. *Maxima* capitis deminutio praesertim locum habet: 1° cum civis romanus capitur ab hostibus; quo in casu si *iure postliminii* redierit per fictionem iuris censetur numquam in servitutem venisse, sicque capitis minutio non inducitur. Si vero in captivitate decesserit per aliam iuris fictionem lege *Cornelia* inductam censetur eo momento obiisse, quo in hostium venit potestatem sicque in possessione status libertatis. — 2° inducitur in pluribus casibus tanquam *poena*, sive ut poena directa sive ut sequela alterius poenae, v. gr. liberti ut ingrati circa patronos condemnati, qui ad pretium participandum se venundari passi sunt.

87. *Media* seu *minor* habetur: 1° cum ius civitatis in alio statu acquiritur, *duarum enim civitatum civis esse, nostro iure civili, nemo potest* (Cic. *pro Balbo* 11.), quamvis in eodem Statu Romano duplici civitati sese inscribere fas esset (L. 15. § 3. D. ad municip. 50, 1.) — 2° cum quis a senatu *hostis patriae* est declaratus (D. h. t. L. 5. § 1. i. f.); aut *ad opus publicum vel perpetuum* fuit damnatus (11); vel *aqua et igni fuit interdictus* (I. h. t. § 2.) aut in insulam deportatus. Non autem subiit capitis diminutionem relegatus.

88. *Minima* habetur cum persona *sui iuris* se subiicit potestati alterius fitque *alieni iuris vel viceversa*, aut etiam quando is qui *alieni iuris* est transit a potestate unius ad potestatem alterius seu familiam mutat. Quoad *effectum* minimae capitis diminutionis, accurate distinguendum est inter ius antiquum et ius Iustinianicum. Iure *antiquo* sola illa capitis diminutio, quae inde resultabat, quod persona sui iuris alteri subiceretur, habita est tamquam mors civilis, quippe quae auferebat qualitatem *patrisfamilias*, quae erat unum ex elementis capaci-

(10) L. 5. § 3. D. (50. 13.); L. 1. § 8. D. (38. 17.); L. 59. § 2. D. (35. 1.); L. 209. D. de Reg. Iur. 50, 17.

(11) L. 17. § 1. D. de poen. 48, 19.

tatis iuridicae. Quare in hoc casu omnia iura *personalia* in capite diminuto extinguebantur tamquam in morte naturali (*Gaius*, III. 83. in f.), et omnia bona seu res corporales et incorporales titulo universali acquirebantur patrifamilias, qui eius veluti personalitatem absorbebat (*Gaius*, III. 83. initio). Debita vero capite minuti non transibant in patremfamilias, nisi quae dependerent a successione haereditaria, cuius ius ad ipsum transibat (*Gaius*, III. 84.). Quae res cum videretur minus aequa, Praetor in subsidium venit creditoribus, eis concedens restitutionem in integrum contra deminutionem capitis sui debitoris cum iure persequendi actionem *utilem* supra bona, quae ad ipsum pertinuissent nisi capitis minutionem subiisset. Praeter hunc effectum respicientem peculiarem casum deminutionis capitis, in omni casu vinculum civile agnationis abrumpebatur, relicto tantum vinculo naturalis cognationis (*Gaius*, I. 158. 163.)

89. Iure autem *Iustiniano*, licet capite minutus cum patrefamilias, in cuius subiectionem transiit, unam veluti personam iuridicam incipiat constituere (Arg. L. 11. C. 6. 26.), sicque sit veluti civiliter mortuus; sed non inde resultat incapacitas acquirendi, et capite minutus suorum bonorum proprietatem conservat et ad caput familiae transit solus ususfructus titulo patriae potestatis (I. 3. 10. de adq. per adrog. § 2.). Sed capite minutus non amplius perdit iura adnexa personae (I. eod. § 1.), et creditores contra ipsum suas actiones pleno iure intentare et prosequi possunt, quin sit necessaria restitutio in integrum (I. eod. § 3.). Quodsi omnis capitis diminutio rumpit vinculum agnationis (I. 1. 15. § 3.), hoc agnationis vinculum iure *Iustiniano* parvum habet practicum momentum.

CAPUT VII.

DE PERSONIS IURIDICIS SIVE MORALIBUS

(D. 3, 4. quo cuiusc. univ. nom. vel contra eam agitur).

90. Personae iuridicae sunt diversa subiecta iurium capacia, distincta a personis sive hominibus individuus. Nonnumquam componitur pluribus personis unam communitatem (*universitatem*) constituentibus v. gr. Status, provincia, municipium, collegia seu corporationes; nonnumquam massa quadam bonorum destinata ad aliquem finem consequendum praesertim publicae utilitatis (*causa pia*) v. gr. nosocomia. Communitas vel complexus ille bonorum ad finem utilem destinatus a iure consideratur (seu, ut dicitur, fingitur) tamquam persona, cui iura competunt et incumbunt obligationes.

Persona iuridica debet esse recognita a potestate publica seu approbata sive lege speciali sive saltem generali (1), solius enim legis est, non privatorum, iuridicam fictionem, unde habetur personalitas iuridica, statuere.

Porro communitas, corporatio seu collegium, quod est iuris subiectum distinguitur a singulis membris. Quare non singula membra, sed ens ipsum morale est subiectum iurium (licet usum iuris haud raro relinquat membris L. 1. D. 43. 7.), est creditor et debitor, quod habet ius persequendi et contra quod actio intentari debet; unde creditores entis moralis in bona huius, non in bona membrorum ius habent « *quod universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent* » L. 7. § 1. h. t. Quae regula tum quoque valet cum personalitas iuridica est concessa alicui societati; nam relate ad tertias personas sociorum ratio non habetur, sed ipsius societatis tamquam unius personae, quae proprietatem habet et personam gerit creditoris et debitoris, et contractus

(1) L. 20. D. de reb. dub. 34, 5.; Arg. L. 1. D. h. t.

societatis solum inter socios effectum producit (L. 1. D. h. t.). A fortiori personae morales distinguuntur ab earum administratoribus.

91. Personae iuridicae agunt per personas physicas, quae ens morale repraesentant (*actores, syndici, magistratus*; L. 1. § 1. h. t.). Membra tamen communitalis seu corporationis possunt nomine communitalis decisiones capere sub duplici conditione: 1° ut regulariter omnia membra rite convocentur, secus decisio capta est nulla, quia praesentia eorum, qui praetermissi fuerunt, forte ne talis decisio caperetur impedivisset. Nullius tamen determinati numeri praesentia est essentialiter requisita, quamvis collegium decurionum exigebat *praesentes essent duae tertiae* partes membrorum (2). — 2° Decisio debet dari ex maiortate absoluta suffragiorum (L. 19. D. ad munic. 50, 1.).

92. Personae iuridicae, exceptis iuribus personalibus (3), quoad patrimonialia, eandem generatim habent capacitatem iuridicam ac personae physicae (4). Possunt bona possidere iure proprietatis et sustinent personam creditoris et debitoris (5). Servitutes personales constitutae in favorem personae morales, durant centum annis, quae censetur maxima duratio vitae humanae (6); et quamvis per se viderentur non debere extinguere nisi cum ipsa persona morali, in casu tamen fere aequivaleret perpetuae durationi, quod minus cohaeret cum natura servitutis personalis (7). — In materia tamen haereditaria capacitatis personae morales est restricta; nam cum ex natura rei sint incapaces succedendi ab intestato, cum propinquos non habeant, ex iure prohibentur institui haeredes et solum permittuntur recipere legata (8). — Qua

(2) L. 2. C. de decur. 10, 31.; L. 3. D. de decr. ab ord. fac. 50. 9.

(3) Cfr. tamen L. 10. § 4. D. de in ius voc. 2, 4.

(4) L. 22. D. de fideiuss. 46, 1.

(5) L. 1. § 1. D. h. t.; L. 7. § 1. h. t.; L. 7. § 3. D. ad exhib. 10, 4.

(6) L. 8. D. de usu et usufr. 32, 2.

(7) L. 8. D. eod.; L. 21. D. quib. mod. usufr. amitt. 7, 4.

(8) L. 8. C. de haer. inst. 6, 24.

in re exceptio est facta in favorem nonnullarum personarum moralium, quibus concessum fuit ut possent succedere ab intestato et etiam institui haeredes.

93. *Extinguitur* persona moralis: 1^o per revocatam approbationem seu recognitionem auctoritatis competentis, unde ipsa habuit existentiam; 2^o sodalibus seu membris extinctis idque ad unum omnibus. Libero collegarum arbitrio de dissolvenda societate per maiorem suffragiorum partem convenientium, eae solae societates seu personae morales dissolvi possunt, quae ad privatum sociorum bonum fuerint coadunatae, non quae sint publicae utilitatis. Quodsi persona moralis extinguatur seu dissolvatur, bona personae extinctae ad fiscum devolvuntur, sicut successio personae physicae, quae propinquos non relinquit, nisi legitima statuta aliam dent destinationem bonis corporis extincti.

94. *Status, respublica, civitas* (D. 49, 14. de iure fisci. — C. 10, 1. eod.), ut persona moralis, praesertim significant publicum thesaurum seu status patrimonium. Tempore reipublicae, unicus videtur fuisse publicus thesaurus, *aerarium*, sed a tempore Augusti patrimonium status fuit distinctum in *aerarium* et *fiscum*. *Aerarium* videtur fuisse thesaurus generalis reipublicae. — *Fiscus* administrabat proventus qui percipiebantur ex provinciis imperii et alios proventus extraordinarios ipsi expresse attributos, ex quibus ortum est *aerarium militare*. Administratio *aerarii* ad senatum pertinebat, *fisci* ad principem. Quae distinctio usque ad medium saeculum tertium videtur perdurasse; dein Imperatores utrumque sibi vindicarunt. Status pluribus gaudet privilegiis suis locis expendendis. — Ab aerario publico est distinguendum privatum Imperatoris patrimonium (*res privata* vel *principis, Caesaris ratio*), qui relate ad sua bona patrimonialia consideratur ut persona physica. Quae tamen distinctio inter publicum aerarium et privatum Imperatoris patrimonium haud fuit semper observata, atque bonis Imperatoris plura ex iis privilegiis quae fisco competebant fuerunt tributa (L. 2. § 4. D. 43, 8.) atque ad ipsa imperatricis bona fuerunt extensa (L. 6. § 1. D. h. t.).

Provinciae nonnisi tempore imperii byzantini agnoscuntur in fontibus cum personalitate iuridica (9). Sed *municipia* et *vici* iam ab epocha classica iuris romani illa personalitate gaudebant (10) ac variis privilegiis fruebantur.

95. *Collegia*, *corpora* erant consociationes non politicae, quae pariter civili personalitate gaudebant. Huiusmodi erant collegium *decurionum*, *legiones* seu corpora equitum (*vexillationes*). Huc pertinent societates publicanorum ad percipienda vectigalia, societates aurifodinarum, argentifodinarum et salinarum, collegia pontificum et vestalium (11).

Ad constituendum collegium tres minirum personae requirebantur, *tres faciunt collegium* (L. 85. D. 50. 16. de V. S.); quamvis ad eius continuationem una sufficeret persona (L. 7. § 2. h. t.); perdurante vero collegio eius personalitas civilis permanebat quaecumque in eo fieret personarum physicarum mutatio (L. 1. § 2. 57. h. t.).

96. Ad personas morales sunt quoque referendae instituta ad publicam utilitatem, praesertim ad opera beneficentiae erecta (*pia causa*), quo nomine intelligebatur complexus bonorum ad pium illum beneficentiae finem destinatus, cui immediate cohaerebat personalitas civilis. Eminebant hospitalia (*nosocomia*), hospitia pro senibus (*gerontocomia*), pro recens natis (*brephotrophia*), pro orphanis (*orphanotrophia*), pro pauperibus (*ptochotrophia*, *ptochia*), pro peregrinis (*xenodochia*, *xenones*). Praeterea templa et monasteria (12). Ac templa quidem iam a remotissima antiquitate ut personae civiles fuerunt agnita (13); hospitalia sub Imperio, monasteria a tempore Constantini. Imperatores christiani uniformi modo hospitalibus et templis providerunt.

Quae instituta in utilitatem publicam erecta in hoc a col-

(9) Arg. Cod. Theod. L. 9. 11. de legat. et decr. legat. 12, 12.

(10) L. 73. § 1. D. de leg. 30. 1.; L. 2. § 5. C. 2, 59.

(11) D. 50, 2. de decurion.; C. 10, 31. eod.; L. 2. C. 6, 62.; L. 1. D. 3, 4.

(12) L. 19. 23. C. de sacros. eccl. 1, 2.

(13) Cfr. *Ulpianum* XXII. 6.

legiis differunt, quod ab omni persona physica sunt independentia, nec personalitas civilis cohaeret cum persona administratorum, qui illa instituta repraesentant ac regunt, sed immediate cum ipsis bonis, quae piam causam constituunt; cum quibus institutis nonnumquam sunt connexa collegia ab ipsis institutis accurate distinguenda. Quae personalitas iuridica memoratis institutis non competit iuxta plures nisi fuerint a Statu recognita, aliis tamen asserentibus atque ex l. 46. C. 1, 3. probantibus, institutis beneficentiae pleno iure competere civilem personalitatem, ut proinde ad ipsa devolvantur quaecumque fuerint ipsis relicta.

CAPUT VIII.

DE REBUS EARUMQUE SPECIEBUS

Notiones generales.

I. 2. 1. de rerum divisione.

I. 2. 2. de rebus corporalibus et incorporalibus.

D. 1. 8. de divisione rerum et qualitate.

97. *Rei* notio latissime patet. In genere sensu iuridico dicitur res quidquid iuris nostri obiectum esse potest; quo sensu etiam complectitur facta in quantum iuris constituendi et immutandi causa esse possunt, et excluduntur res, quae extra commercium sunt, et facta illicita in quae ius haberi non potest (1).

Nonnumquam tamen *res* accipitur sensu latiori, quo comprehenduntur etiam *iura* et res *extra commercium*. Hinc divisio rerum in *corporales* et *incorporales*; in res *in commercio* et *extra commercium* constitutas.

98. *Res corporales et incorporales.* — *Corporales* sunt quae cerni tangique possunt, puta fundum, pecus, vestem etc. *Incorporales*, quae animo tantum atque intellectu percipiuntur,

(1) L. 5. pr. D. de V. S. 50. 16.; I. 3. 15. de V. O. § 7. pr.

qualia sunt, quae in iure consistunt, velut servitus, haereditas, obligatio et actio (2). Ius tamen proprietatis romani inter res corporeas recensebant, quam proprietatem cum re in quam habebatur confundebant, et loco iuris proprietatis in rem, rem ipsam nominabant (3).

99. Res in commercio vel extra commercium est, prout possit vel non possit usibus privatorum destinari et in obligationem deduci atque alienari vel acquiri. Et aliae quidem simpliciter prohibentur a privatorum hominum commercio; aliarum vero aut non plenum perfectumque est commercium aut certa ratione impeditum aut certis tantum hominibus interdicitur. Causae cur circa certas res commercia prohibeantur vel impediantur, aut in ipsarum rerum natura et indole positae sunt (aer, aqua profluens et mare et per hoc littora maris L. 2. D. h. t.), vel in honestatis ratione, vel quia ad religionem aut ad privatorum iura tuenda spectant, vel quia pertinent ad politiae vel redituum publicorum rationem aut ad rempublicam bene gerendam atque administrandam.

100. Ergo extra commercium sunt: 1° **res commune omnium**, seu quas natura omnium usibus destinavit, velut aer, aqua profluens, mare, littora maris. Usus autem intelligitur, qui aliis sit innocuus; quodsi quis eo modo uti prohibeatur, iniuriarum agi poterit. Qua in re notandum est iuris principium; eius cuius sit solum, et omne supra id caelum esse (4). Maris littora, qua terram contingant, in qua populus romanus imperium habet, itidem sunt populi romani et quodammodo rerum publicarum iure aestimantur; littus maris est, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit. Possunt tamen maris et littoris particulae in privatorum dominium redigi v. gr. moles iactando aut aedificia extruendo, quibus vel dirutis vel a mari rursum occupatis, pristino suo statui restituuntur.

(2) I. h. t. § 1-3.; Cicero Top. c. 5.

(3) L. 13. D. de damno infecto 39. 2.

(4) Quare iniuriam facit qui proiectum in sepulchrum immiserit, etsi monumentam non tangat. Cfr. L. 22. § 4. D. 43. 24.

2° **Res publicae vel universitatis.** *Res publicae* sunt, quae in alicuius populi sunt patrimonio. Hinc vel earum usus spectat ad omnes qui sunt eiusdem populi, quo sensu similia sunt rebus communibus, nisi quod certi alicuius populi limitibus continentur, nec prorsus eodem modo, ut communes, singulae earum particulae in privatorum dominium rediguntur. Usus earum publicus actionibus defenditur et prohibetur ut quid fiat, quo aut rebus ipsis aut aliis hominibus noceri possit. Tales sunt viae publicae, flumina publica seu perennia, riparum quoque usus communis est, quamvis proprietas sit illorum quorum forte praedis haereant (5).

Alia species rerum publicarum his rebus continetur; quae in pecunia seu bonis populi habentur, quales sunt agri reditusque publici (6).

Res universitatis sunt res quae pertinent ad civitatem, communitatem vel collegium quae sub nomine universitatis veniunt; duplici quoque ratione possunt pertinere, aut quia in omnium qui eiusdem universitatis sunt usu habentur, aut quia in pecunia sunt universitatis, quae sumptus in communem omnium utilitatem erogandos suppeditat (7). In primo sensu habentur v. gr. templa, theatra; in altero sensu patrimonium alicuius collegii.

3° **Res sacrae** seu cultui divino dicatae; res *religiosae* quemadmodum sepulcrum (8), et res *sanctae*, quae ab iniuria hominum singulari quadam legum sanctione defensae ac munitae sunt, ut erant muri et portae civitatis. Ut autem mortui illatione sepulcrum fiat res religiosa, oportet ut mortuus inferatur in locum proprium vel communem (9), aut si in alienum domino tamen consentiente vel postea saltem ratum

(5) L. 5. D. h. t.; § 4. I. eod.

(6) L. 17. D. de V. S.; Tit. D. (43. 9.) de loco publ. fruendo.

(7) L. 6. § D. h. t.; § 6. I. h. t.

(8) I. h. t. § 8. 9. Antiquo iure *sacrae* dicebantur quae diis superis, *religiosae* quae diis inferis consecratae erant. *Gaius* II, 4.

(9) Ratione salubritatis, inhumatio intra septa civitatis fieri non poterat. L. 12. C. 3. 44.; quod iam lege XII. Tabularum cautum erat. *Cicero*, De leg. II. 8.

habente; secus qui mortuum in locum alienum intulit vel inferendum curavit *actione in factum* tenetur et poenae pecuniariae subiicitur.

Romani res *sacras* et *religiosas* dicebant res *divini iuris*, qua appellatione quadam ratione comprehendebantur etiam res sanctae (*quodammodo divini iuris*) quia eadem protectione gaudebant (10).

101. Res extra commercium positae iterum in commercium veniebant, si cessabat causa. Quare:

1^o Qui in littore maris cum licentia aedificavit, partis ab aedificio occupatae proprietatem habuit, sed destructo aedificio amittebat.

2^o Bona Status et civitatum publicis usibus relictæ iterum in commercium veniunt, si ille communis usus non amplius detur.

3^o Res sacrae, si consecrationem amittebant.

4^o Res religiosas, si cum licentia publicae auctoritatis cadaver educatur.

5^o Res sanctae per mutatam destinationem.

Momentum huius divisionis in eo est, quod res extra commercium positae non possunt dare locum iuribus realibus aut obligationibus circa ipsas acquirendis, ex parte privatae personae (11).

Res in patrimonio et extra patrimonium.

102. Res sunt in patrimonio vel extra patrimonium prout sunt vel non sunt obiectum alicuius proprietatis actualis. In altero casu etiam dicuntur *res nullius* (12).

Extra patrimonium sunt: 1^o res communes,

2^o ferae bestiae,

3^o insulae, quae in mari natae sunt, non quae in flumine, et omnes res mobiles quae mare in sinu suo continet, puta lapillos, gemmas, cetera.

(10) *Gaius* II. 3. 8.

(11) § 1. I. 2. 6.; L. 83. § 5. D. de V. O. 45. 1.

(12) I. 2. 1. de rer. div.

4° res a suis dominis derelictae (*res derelictae*), seu ea mente ab illis abiectae ut rerum suarum esse nolint. Non autem res perditae aut quae in tempestate, levandae navis causa, in mare fuerunt proiectae; non enim eo animo eiciuntur. quo quis eas habere non vult, sed vitandi periculi causa.

5° Personae et bona hostium; etenim secundum ius romanum bellum dabat illud ius, de bonis ac de ipsa persona inimici in bello capti perinde ad de rebus disponendi (13). Quod ius illis quoque rebus applicabatur, quae ab inimicis captae in bello recuperabantur, nec ad proprietatem antiqui domini redibant, solumque admittebatur *ius postliminii* relate ad personam civis romani in bello capti et ad patriam reversi, qui inde libertatem recuperabat, pro servis, pro aequis et navibus ad classem pertinentibus et pro rebus immobilibus (14).

6° Denique censetur esse extra patrimonium thesaurus, secundum ipsius notionem ab Ulpiano XIX. 2. 17. datam: « vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominium non habeat ».

103. Quae divisio rerum *in patrimonio* et *extra patrimonium* nullo modo est confundenda cum praecedenti de rebus *in commercio* vel *extra commercium* positis. Nam rem ponit *in patrimonio*, quod *actualiter* pertineat ad proprietatem cuiuscumque personae sive physicae sive civilis; *in commercio* ponit quod *possit* esse obiectum proprietatis alicuius personae *privatae*. Solae *res communes* simul sunt extra commercium et extra patrimonium. At bona quae Status vel civitas cedit usui suorum membrorum, res sacrae aut religiosae aut sanctae *extra commercium* quidem sunt, sed *in patrimonio* habentur; e contra ferae bestiae, insula in mari, enata ac mobilia quae mare in sinu suo continet, res derelictae, persona et bona inimici in bello capti et thesaurus, res sunt *extra patrimonium* positae sed non *extra commercium*.

(13) § 17. I. h. t.; D. 36. D. de relig. 11. 7.

(14) L. 2. pr. et § 1. § 2., L. 3. L. 5. § 1., L. 17., L. 19. § 10. D. de capt. et de postlim. 49. 15.; L. 36. D. de relig. 11. 7.

Momentum huius divisionis in eo est positum, quod res extra patrimonium possunt per *occupationem* adquiri.

Res principales et res accessoriae (15).

104. Rebus *principalibus*, quae quidam sua vi et potestate constant, seu naturam et existentiam habent propriam ab alia re independentem, opponuntur res *accessoriae*, quae aut sine altera existere non possunt eiusque sunt veluti partes integrantes, aut alia ratione alterius sunt complementum vel ornatus aut rei principalis usum faciliorem reddunt. Inter rem principalem et accessoriam unio quadam existit sive physica sive iuridica, vi cuius principalis accessoriam quodammodo absorbet (16).

Quae subordinatio rei principali duplici ratione haberi potest, aut propter relationem naturalem, quae accessoriam reddit partem principalis, aut propter relationem iuridicam quae res accessoria, quin partem constituat principalis, ad principalem pertinet quod ad eius servitium sit destinata. V. gr. arbores, fructus ceteraeque res utiles, quae ex terra gignuntur, terrae partes habentur, sicut etiam aedificia, ceterae constructiones in solo factas et quidquid cum solo vel aedificiis naturalem aut artificialem habet connexionem ita ut non possint separari quin modum essendi mutent v. gr. portae, fenestrae, trabes quae parietibus inhaerent (*accessiones*).

Ceterae res accessoriae, quae nec propter connexionem nec propter destinationem considerari possunt ut partes constitutivae aut saltem ut partes integrantes rem principalem, dicuntur *pertinentiae*, et generatim sunt illae res quae alteri iam completae adiunguntur ad illam conservandam, defendendam, ornandam vel eius usum faciliorem et utiliorem reddendum (17).

(15) *Van Wetter* I. § 62.; *Muehlenbruch* § 225. sq.

(16) *Serafini*, *Elementi di diritto rom.* II. § 69.; *Waechter*, *Pandekten* II. § 65.; *Van Wetter* I. § 62.

(17) V. gr. animalia ad praedii seu fundi culturam destinata sunt ipsius fundi *pertinentiae*.

Momentum huius divisionis in eo est, quod *accessorium semper cedit principali* (18), cuius conditionem sequitur atque eidem iuri subiicitur, cum iuridice consideretur una res cum principali; quare qui habet ius in rem principalem virtualiter habet in accessorias. Inde modus adquirendi per accessionem.

105. Hac tamen in re est discrimen inter *accessiones* et *pertinentias*. Nam *accessio* ita *cedit principali*, ut 1° si res principalis est immobilis eius partes integrantes censentur etiam immobiles v. gr. arbores solo adhaerentes; 2° possessor rei principalis partes quoque integrantes possidet; 3° qui proprietatem rei principalis habet potest vindicare a tertio possessore *totum* i. e. rem *principalem* cum *accessionibus*; 4° hypotheca aut venditio rei principalis extenditur etiam ad partes integrantes etiamsi additae fuerint post contractum (19).

Quoad *pertinentias* vero, etsi locum quoque habeat principium « *accessorium sequitur principale* », nihilominus: 1° non amittit conditionem rei mobilis per hoc quod subserviat principali immobili; 2° possessio rei principalis non *necessario* secum fert possessionem cuiuscumque pertinentiae (20); 3° si aliqua res fit pertinentia alterius, non idcirco dominus huius acquirit dominium pertinentiae, sed manet in proprietate antiqui domini; 4° iuridica dispositio de re principali (v. gr. venditio, hypotheca, legatum) comprehendit eas tantum pertinentias, quae principali subserviebant tempore dispositionis (21); 5° possessor damnatus ad restitutionem rei alienae, etsi cum re principali eius partes integrantes seu accessiones restituere teneatur, non tamen pertinentias, quas ipse durante possessione ex propriis adiecerit.

Quodsi criterium quaeratur ad discernendum utrum res aliqua habenda sit necne ut *pertinentia*, ante omnia attendendae

(18) L. 19. § 13. D. de auro, arg. leg. 34, 2.

(19) L. 44. § 1. D. de obl. et act. 47, 7.; L. 26. D. de usurp. et usuc. 41. 3.; L. 21. 18. § 1. D. de pignor. act. 13. 7.; L. 16. 29. § 2. 35. D. de pignor. 20, 1.

(20) L. 7. § 1. D. pro emptore 41, 4.

(21) L. 13. § 13. D. de actionib. empt. vend. 29, 1.

sunt partium contrahentium intentio et cuiusque casus circumstantiae. Generatim duo requiruntur: Primo ut vere subserviat principali (22). Deinde ut illa destinatio ad servitium principalis sit perpetua seu facta ad servitium diuturno tempore duraturum (23).

106. Ad res *accessorias* pertinent quoque *impensae* et *fructus*. *Impensarum* nomine veniunt omnes sumptus, qui circa aliquam rem ratione ipsius rei sunt facti, et possunt esse *necessariae*, *utiles*, aut *voluptuosae*. « *Necessariae* sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura est, velut si quis ruinosas aedes refecerit ». — « *Utiles* sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit, factis autem fructuosior effecta est, veluti si vineta et oliveta fecerit ». — « *Voluptuosae* sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret neque factis fructuosior effecta est; quod evenit in viridariis et picturis similibusque rebus ». *Ulpianus*, Reg. VI. 15-17. Cfr. L. 1-16. D. de impensis in res dot. 25, 1. (24).

Fructuum nomine in sensu proprio intelliguntur, quae ex re aliqua naturaliter nascuntur seu proveniunt, velut herbae, grana, arbores, partus animalium, lac, lana, mineralia et alia similia (25). Quodsi solius naturae beneficio proveniunt,

(22) L. 13. § 31. L. 17. § 2. D. de act. empt. vend. 19. 1.; L. 31. § 9. 5. 6. D. de legatis 3, 32.

(23) « *Labeo generaliter scribit ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificiū esse* ». L. 17. § 7. D. de act. e. v. 19, 1. — « *Ea, quae ex aedificio detracta sunt, ut reponantur, aedificiū sunt* ». L. 17. § 10. eod.

(24) Quoad expensas factas in re alterius, hae sunt generales regulae: 1^o Expensae *necessariae* et *utiles*, si adhuc subsistunt, primae in genere sunt refundendae possessori si non per *furtum* aut *vim* adquisierit; *utiles* vero soli possessori *bonae fidei*, salva tamen possessori *malae fidei* facultas eas servatis servandis detrahendi. 2^o Refectio *impensarum* non gaudet *actione* sed tantum *exceptione* opposita rei vindicationi. 3^o Quoad *voluptuarias* possessor tantum potest detrahere et sibi servare, quae separari absque rei damno possunt, salvo rei domino iure impediendi separationem solvendo possessori earum pretium.

(25) Non tamen considerantur ut fructus, nisi quae procedunt quin res ipsa deterior efficiatur, v. gr. arbores caeduae in fructu sunt, si caeduae non sint in fructu non sunt. L. 7. § 12. D. solut. matrim. 23, 3.

naturales; si natura adiuvante et hominum cura et industria accedente nascuntur, *industriales* dicuntur. At in sensu latiori fructus nomine venit omne commodum oeconomicum, seu omnes oeconomici proventus, qui ex rei alicuius usu percipi possunt. Hinc divisio in *naturales* et *civiles*, qui postremi obtinentur ex re vi alicuius negotii iuridici circa ipsam rem cum alia persona initi v. gr. usurae ex pecunia vel re fungibili alteri mutuo data, pretium locationis aedium, equorum, curruum.

Porro distinguuntur fructus *pendentes*, qui adhuc rei adhaerent, unde nascuntur (26); *separati* videlicet a re, quae ipsos producit, sive separatio sponte v. gr. ob maturitatem, sive per hominem, sive per elementa v. gr. a vento facta fuerit (27); *percepti* qui collecti fuerunt ea intentione ut haberentur ut proprii, dum *percipiendi* vocantur, quos possessor ut bonus paterfamilias iam debuisset colligere et nondum percepit; *extantes*, qui apud possessorem rei frugiferae in suo esse naturali reperiuntur; *consumpti*, qui non amplius exstant eo quod possessor iam in usum adhibuit vel alienavit vel specificavit seu in aliam rem convertit. — Harum distinctio-
num *momentum* habetur tum in ratione dominii acquirendi, tum in causa fructuum restituendorum.

107. Denique recensendae sunt *res fortuito accessoriae* sub quibus comprehenduntur omnia, quae rei valorem in commercio augent ob accidentales seu fortuitas circumstantias. V. gr. si res crescit ex *alluvione* vel *avulsione*; pariter alveus a flumine derelictus vel insula in flumine nata relate ad agros in ripa sitos (28); ususfructus rediens ad proprietarium (29);

— Venatio si est redditus fundi, est fructus fundi, secus non est. L. 16. D. de usur. 22. 1. — « Caro et corium mortui pecoris in fructu non est ». *Gaius* fr. 30. D. quib. mod. ususfr. amitt. 7. 4.

(26) Fructus dum sunt pendentes ut rei partes integrantes considerantur. *Gaius* fr. 44. D. de rei vindic. 6. 1. « *fructus pendentes pars fundi videntur* ».

(27) Per separationem enascitur res nova, quae est obiectum distinctum iuris proprietatis.

(28) Inst. II. 1. § 20. sq.

(29) L. 18. § 1. D. de pignorat. act. 13, 7.

partus ancillae, qui propter respectum dignitatis humanae non censebantur, sicut partus animalium, in conditione fructuum (30); denique aliqua ratione inter res fortuito accessorias recensebantur thesauri, qui tamen in hac re distinguebantur a fodinis, quae sunt accessoriae per incorporationem (31).

Res mobiles et immobiles.

108. In genere res *immobiles* sunt, quae ab uno in alium locum moveri non possunt, quin destruantur, sive quoad substantiam sive saltem quoad formam. *Mobiles* vero, quae transferri possunt, quin substantiam aut formam mutant. Praeter res, quae ex sua natura sunt immobiles, aliae sunt quae immobilibus accensentur, eo quod immobilibus sunt *incorporatae* aut in servitium immobilis destinatae. (Cfr. paragraph. praec. de rebus accessoriis).

In immobilibus distinguebant *praedia rustica* culturae destinata et *praedia urbana* sive aedificia (*aedes* in urbe — *villae* ruri).

Res *mobiles* distinguuntur in *inanimatas* (res *mobiles* sensu strictiori) et *animatas* (res *se moventes*) ut animantia, quae distinguuntur in *fera*, *mansueta*, et *mansuefacta* (32).

Momentum divisionis inde petitur: 1° quod certa iura realia haberi non possunt nisi in res immobiles; 2° quia tempus ad usucapionem requisitum longius est pro immobilibus quam pro mobilibus; 3° quod mobilia dotalia alienari possunt, immobilia non possunt; 4° quod minor emancipatus pariter alienare non potest immobilia.

Res fungibiles — res non fungibiles.

109. Res *fungibiles* sunt illae, quae in obligationem deductae, aliae pro aliis, dummodo sint ex eodem genere eisdemque qualitatis, solvi reddique possunt, v. gr. pecunia (res

(30) Inst. II. 1. § 37.

(31) L. 63. § 1. D. de A. R. D. 41, 1.

(32) Inst. II. 1. § 12. sq.; D. 41. 1. de acqu. rer. domin.

quae functionem in genere suo recipiunt) (33). In quibus cum non consideretur individuum (*species*) sed *genus*, in singulis casibus indicanda est *quantitas*, i. e. *numerus, pondus, mensura* (unde dicuntur etiam *genera, quantitates, res quae pondere, numero et mensura constant*).

Non fungibiles dicuntur illae quae in individuo seu in sua individualitate (*species*) sunt reddendae, extra quam non est alia res a qua exacte repraesententur et a qua in solutionibus subrogari possint, v. gr. equus. Quae divisio non nititur sola natura rerum, sed etiam in modo quo ex voluntate partium res considerantur; quare *fungibilitas* non est qualitas iuridica *absoluta* sed *relativa*; unde res natura sua fungibilis potest ex voluntate partium considerari ut non fungibilis et viceversa. V. gr. vel ipsa pecunia si alteri datur titulo commodati *ad ostentationem* cum obligatione eadem omnino reddendi, in illo contractu consideratur ut non fungibilis (34).

Momentum huius divisionis maximum habetur relate ad obligationem sustinendi periculum rei; nam qui debitor est *corporis*, si res *fortuito* sine propria culpa periit, ab obligatione liber est, e contra qui debitor est *generis* (35).

Res consumptibiles — res non consumptibiles.

110. *Consumptibiles*, quae usu consumuntur; *non consumptibiles* illae sunt quae per usum non consumuntur seu non mutantur quoad substantiam, licet plus minus deteriores fiant v. gr. currus (36).

Generatim res *consumptibiles* sunt *fungibiles*, ceterae *non fungibiles*. Quae tamen regula pariter non est omnino abso-

(33) L. 2. § 1. D. de reb. credit. 12, 1. « Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt: quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt quam specie ».

(34) Van Wetter I. § 65.; Ronga, Diritto rom. I. p. 178. sq.

(35) L. 37. D. de V. O. 45. 1.; L. 42. D. de iur. dot. 23, 3.

(36) Consumptio potest esse etiam non materialis sed civilis ut accidit in pecunia. Inst. § 2. de usufr. 2. 4.

luta, nam v. gr. pecunia data *ad ostentationem* non est fungibilis et exemplar alicuius libri potest haberi ut res fungibilis, quin tamen sit consumptibilis (37).

Momentum divisionis habetur in contractibus, cum in rebus non consumptibilibus *ususfructus* et *commodatum* haberi non possint.

Res dividuae — res individuae.

111. *Dividuae* res illae sunt, quae dividi possunt in partes; quae divisio esse potest vel *materialis* seu physica (*naturalis*) cum res dividi potest in partes materialiter seu physice distinctas et eiusdem naturae ac totum v. gr. fundus aliquis seu praedium (38), vel *intellectualis* (*civilis*) quae in hoc consistit quod possit pertinere *pro indiviso* ad plures personas (39) v. gr. hac ratione etiam *equus* est res dividua, imo generatim omnes res corporales atque adeo omnia fere iura — solum sunt etiam civiliter *individua*, servitutes ac certae quaedam obligationes.

Momentum divisionis inde habetur quod habet magnam applicationem in materia servitutum et obligationum, res enim *individuae* nec acquiri nec amitti per partes possunt.

Res singulares — Universitates rerum.

112. Res *singulares* sunt res in seipsis consideratae independentes ab aliis. *Universitates* vero sunt potius complexus rerum, quae materialiter connexae non sunt, sed per mentem coniunguntur atque ita efformant unum totum, quod speciale nomen recipit. Distinguuntur autem *universitates facti et iuris*. *Universitates facti* comprehendunt res *corporales*, quae existentiam in re habent v. gr. grex, bibliotheca. *Universitates iuris*

(37) Van Wetter l. c. § 66.

(38) Quo sensu omnes fere res corporales sunt individuae; item fere omnia hominis facta sive positiva sive negativa. Van Wetter l. c. § 67.

(39) *Pro diviso* possidere est possidere ut totum; *pro indiviso* ut partem seu plures dari eiusdem rei possessores seu dominos.

est denominatio data a commentatoribus et tribuitur alicui complexui iurium patrimonialium, in quo proinde comprehenduntur res corporales et incorporales, quae considerantur ut unum aliquid, v. gr. haereditas, dos, peculium (40).

Generatim in iure considerantur res *singulae* in quaestionibus de iure proprietatis et possessionis, complexus sive *universitas rerum* fere solum attenditur sub respectu ad *usum* rerum (41).

Res Mancipi — res non Mancipi.

113. Haec divisio in antiquo iure romano magni fuit momenti; nam 1° solemnis forma mancipationis non poterat applicari nisi in *rebus Mancipi*, 2° traditione non poterat transferri ius proprietatis in rem Mancipabilem, 3° mulier ratione sexus tutelae subiecta non opus habebat auctoritate tutoris nisi in alienatione rerum Mancipi.

Fundamentum divisionis varie ponitur in fontibus atque inde diversitas sententiarum apud doctores. Non desunt qui dicant res Mancipi esse illas, quae debebant declarari in censu per Servium Tullium introducto ad determinandam classem, cui quivis civis deberet adscribi, in eoque fundantur, quod res quae numerabantur inter res Mancipi erant res magni valoris praesertim propter aptitudinem ut inservirent agriculturae, quae erat praecipuus divitiarum fons pro antiquo populo romano (42). Ita *res Mancipi* erant praedia Italica sive rustica sive urbana; provincialia erant *res non Mancipi*. Relate ad res mobiles servi et animalia domestica sive quadrupedes, quae ad trahendum seu laborandum adhibentur velut boves, equi, muli, asini. Relate ad iura: *Mancipi* erant servitutes

(40) L. 208. D. de V. S. 50, 16.; L. 20. § 20. D. de haered. pet. 5, 3.; L. 3. pr. D. de bon. poss. 37, 1.; L. 1. § 1. D. quorum bon. 43, 2.

(41) L. 31. D. quib. mod. ususfr. am. 7, 4. Cum ususfructus gregis legatus est, et usque eo numerus pervenit gregis, *ut grex non intelligatur*, perit ususfructus. Inst. § 18. de leg. 2. 20. Si grex legatus fuerit, postquam ad unam ovem pervenit, quod superfuerit vindicari potest.

(42) *Ronga*, Diritto romano I. p. 190.

rurales; *nec Mancipi* servitutes urbanae aut personales aliaque iura realia (43).

Cum ergo res Mancipi inscriberentur in censu, is habebatur earum rerum dominus, qui ut talis constaret in registis census; hinc cum ageretur de transferendo in alium dominio transcriptio in censu erat facienda. At illa transcriptio valorem non nanciscebatur nisi per lustrationem, quae quinto quoque anno fiebat; quare res eo temporis intervallo alienatae in novum dominium efficaciter non transibant, nisi post peractam lustrationem. Cuius rei incommodis ut occurreretur, *alienationi per censum* subrogata fuit *Mancipatio*, quae erat venditio quaedam symbolica facta coram populo romano repraesentato per quinque viros puberes (44).

Iure novo illa distinctio inter res Mancipi et non Mancipi penitus sublata fuit. L. un. § 4. i. f. C. de usuc. transform. et de subl. differ. rer. manc. et nec manc. 7, 31.

CAPUT IX.

DE IURIUM ADQUISITIONE ET AMISSIONE

§ 1. DE IURIUM ADQUISITIONE ET AMISSIONE IN GENERE.

114. Ad iura acquirenda quatuor sunt necessaria: persona seu subiectum iuris acquirendi; obiectum; factum quo illa relatio iuridica inducitur; regula iuridica, quae illud factum cum effectu acquisitionis connectit. De personis atque rebus dictum est. - *Facta*, quibus iurium relationes enascuntur actus iuridici dicuntur, quorum triplex est species: vel enim

(43) *Ulpianus*, Reg. XIX. 1. « Omnes res aut Mancipi sunt aut nec Mancipi. Mancipi res sunt praedia in italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus: item iura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus: item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec Mancipi sunt. Elefanti et camelī, quamvis collo dorsove domentur, nec Mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt ». Cfr. quoque *Gaium*, Inst. II. § 15. sq.

(44) *Gaius*, Inst. II. § 22. sq.

sunt actus voluntarius adquirentis, quemadmodum occupatio *rei nullius*; vel sunt circumstantia independens a voluntate adquirentis, ut sunt *factum naturale* (v. gr. *nativitate* adquirentis *civitas*, *morte* testatoris *legatum* « adquisitio *ipso iure* »); vel actus tertiae cuiusdam personae (v. gr. si quis construit aedificium in fundo meo): vel habetur factum in actu voluntario adquirentis simul cum eventu fortuito aut simul cum actu voluntario tertiae personae (v. gr. adquisitio haereditatis per aditionem, adquisitio iuris proprietatis per traditionem, aut iuris obligationis sive crediti per contractum).

Quae adquisitio potest esse *originaria* quoad iura quae adquiruntur independentem a iure alterius, v. gr. adquisitio iuris proprietatis per occupationem; et potest esse *derivata* per translationem iuris in alio existentis, v. gr. adquisitio iuris proprietatis per traditionem alterius vel constitutio usufructus in re alterius. — Praeterea potest esse *onerosa* si est connexa cum proprii iuris translatione in alium v. gr. quae fit in emptione-venditione vel in permutatione; et potest esse *gratuita* v. gr. in acquisitione per haereditatem, per donationem.

§ 2. DE ACTIBUS IURIDICIS QUIBUS IURA ADQUIRUNTUR (1).

115. *Actus iuridici* in genere sunt facta sive positiva sive negativa, quibus mediantibus adquiruntur vel amittuntur aut immutantur iura. Inter haec facta praesertim considerandi *actus humani* positivi vel negativi, liciti vel illiciti, ex quibus saepe oriuntur iuridica consecutaria, quae actus iuridici in sensu lato huius vocis dici possunt. — Maxime vero considerata sunt *negotia iuridica*, seu *actus iuridici in sensu stricto*, atque sunt illi actus humani, qui pro scopo immediato habent effectum iuridicum, ad quem directe ordinatur externa voluntatis manifestatio.

(1) Cfr. *Muchlenbruch*, Doctrina Pandectarum I. § 83. 101. sq.; *Van Wetter* I. § 72. sq.; *Serafini*, Istit. di diritto rom. § 24. sq.; *Mac Keldy*, Manuale di diritto rom. § 105. sq.; *Marezoll*, Istit. di diritto rom. § 47.; *Arndts-Serafini*, Pandette I. § 56. sq.

Omnis actus iuridicus requirit in agente capacitatem voluntatis liberae et externae ipsius manifestationis. Quae capacitas absolute deest in infantibus et in amentibus (2), a quibus actus iuridici perfici non possunt, nisi per ipsorum administratores, tutores aut curatores.

Quodsi inter actum voluntatis et externam eiusdem manifestationem sit contradictio, ut evenit in simulatione; si simulatio est *absoluta*, ita ut interne defuerit voluntas cuiuscumque actus iuridici, illa externa manifestatio (simulatio) omni caret effectu iuridico; si simulatio est *relativa*, quod voluntas ferebatur in actum distinctum vel in personas distinctas ab iis quae externe manifestata sunt, tum generatim non simulatio sed voluntas sequenda est, nisi haec feratur in rem prohibitam, quo in casu nullus sequitur effectus iuridicus. — Simulatio tamen ab allegante concludenter est probanda (3).

Consensus vero voluntatis potest vitari propter *vim*, *errorem* aut *dolum*.

I. De influxu vis et metus.

(D. 4. 2. quod metus causa gestum erit — C. 2. 20. de his, quae vi metusque causa gesta sunt).

116. Distinguitur vis *absoluta* et vis *compulsiva*. Vis absoluta est vis physica ad extorquendam actionem adhibita voluntate renitente, de qua hic non est agendum, cum nimis sit manifestum eam excludere voluntatem, sine qua subsistere actus iuridicus nullus potest. Vis *compulsiva* sive etiam *conditionata* exercetur per minas seu minitationem alicuius gravis damni illi inferendi, qui certum aliquem actum a minitante intentum non ponat. Quae minae *moraliter* tantum compellunt sive impellunt ad actum, seu *conditionate* quis adi-

(2) § 8. 10. Inst. 3, 19. de inutili stipulat.

(3) C. 4, 22. « plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur » rubric. tit.; L. 30. D. de rit. nupt. 23, 2.; L. 3. § 2. D. de O. et A. 44, 7.; L. 32. § 24-25. D. de donat. inter V. et U. 24, 1.; L. 36. D. de contr. empt. 18, 1.

gitur ad actum ponendum ut vitet malum, quod per alterius comminationem ipsi impendet. Ac de huius actus iuridica efficacia quaestio est, qui libere ponitur a voluntate, quippe qui ponitur ex deliberatione seu electione inter malum quod refugit et actum, quem *nollet*, in praesenti tamen eligit (4). Atque haec est ratio cur actus iuridici ex metu positi non declarantur *nulli*; sed tamen personae quae metum passa est facultas datur obtinendi actus rescissionem. Ad hoc datur *actio* et *exceptio quod metus causa* et *restitutio in integrum* (5).

Quae actio *quod metus causa* datur contra auctorem illius vis compulsivae, contra haeredes quoad id quod ex actu per metum extorto ad eos pervenit et contra tertium rei seu lucri detentorem (6). Est actio *in rem scripta*, quae rem sequitur in cuiuscumque manus venerit.

Praeterea illa actio habet characterem poenalem, spatio unius anni, per quam quadruplum damni recepti obtineri potest, in quo triplum habetur ut poena (7). Quae actio poenalis cum sit arbitraria eliditur per restitutionem rei aut lucri percepti (8). Anno vero elapso, soladamni reparatio peti potest (9).

Quatuor tamen verificari debent in metu: 1° ut sit metus iniuste incussus (10); 2° ut agatur de minatione gravis damni, habita tamen ratione aetatis, sexus et conditionis metum passi (11); 3° ut metus sit rationabilis seu verisimilis, eo quod minae sint positae in talibus circumstantiis, quod merito timeri possit, quod executioni erunt mandandae, nec possit tempestive implorari interventus publicae auctoritatis (12); 4° de-

(4) *Paulus* fr. 21. § 5. D. quod metus causa IV. 2. « *quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui* ».

(5) L. 21. § 6. D. h. t.; Inst. § 1. de except. 4. 13.; Arg. L. 9. § 4. D. h. t.

(6) L. 14. § 3. 5. D. h. t.; L. 16. § 2. D. h. t.

(7) L. 14. § 1. 10. D. h. t.

(8) L. 14. § 2. 4. D. h. t.

(9) L. 14. § 1. i. f. D. h. t.

(10) L. 7. § 1. L. 12. § 2. h. t.

(11) L. 5., 6. iunct. 3. § 1., 4. 8. § 2., 7. 8. § 3. D. h. t.

(12) L. 8. pr. C. de resc. vend. 4, 44.; L. 6, 7. 9. D. h. t.; L. 3. D. ex quib. caus. maior. 4. 6.

nique metus debet esse deliberate incussus in ordine ad actum extorquendum (13).

Non tamen requisivit ius romanum, ut metus incuteretur ab eo cum quo actus iuridicus perficitur, sed sufficit metus etiam sine complicitate a tertia persona illatus, quia saepe auctor minarum est incognitus (« *cum metus habeat in se ignorantiam* » L. 14. § 3. h. t.).

II. De influxu erroris.

(D. 22. 6. de iuris et facti ignorantia — C. 1. 18. eod.).

117. Cum *errore*, qui est falsa apprehensio rei sive falsa unius pro alio aestimatio seu iudicium positivum falsum de obiecto, quo voluntas movetur, connectitur *ignorantia*, quae est mera *carentia* sive negatio scientiae. Unde in iure romano haec duo aequiparantur et comprehenduntur sub generico nomine *ignorantiae* sive *erroris*; atque distinguitur error *facti* et error *iuris*. Quae distinctio est maximi momenti cum agitur de iuribus acquirendis vel de evitandis iuridicis consecrariis alicuius actus. Nam ut error admittatur debet esse excusabilis (*probabilis*); iam vero excusatio ex errore *facti* facile admittitur nisi ignorantia sit coniuncta cum summa negligentia, non ita ex errore *iuris*, quod cognosci praesumitur, nisi speciales verificentur circumstantiae v. gr. benignius tractantur quoad errorem iuris, feminae, minores, milites, rustici (14).

118. Distinguitur porro error *essentialis* et *accidentalis* (*minus essentialis, concomitans*). Habetur ut *essentialis* solum quando excludit voluntatem eius rei circa quod versatur actus iuridicus vel ipsum determinatum actum iuridicum de re co-

(13) L. 9. § 1., 14. § 3., 21. pr. h. t.

(14) *Paulus* L. 9. pr. D. h. t. « *Regula est, iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere... minoribus 25. annis ius ignorare permissum est; quod et in feminis, in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur* ». Cfr. quoque L. 9. § 1. h. t., L. 5. C. de his, qui sibi adser. in test. 9, 23.; L. 8. C. qui adm. ad bon. poss. 6, 9.

gnita initum. Quo in casu erroris essentialis, actus ex errore positus habetur ut iuridice nullus; extra casum erroris essentialis generatim actus non habetur ut nullus. Quare non habetur essentialis error circa *motivum* impellens ad actum iuridicum ponendum, sive agatur de actibus *inter vivos* sive de ultimis voluntatibus. Quae tamen ultima voluntas impugnari potest tamquam inefficax, si probetur testatorem alia ratione fuisse dispositurum, si verum rerum statum cognovisset.

Generatim habetur essentialis: 1° error circa iuridicum actum qui ponitur, si v. gr. Titius intendit fundi locationem et Caius ex errore putat agi de venditione (15). — 2° error circa *identitatem personae*, dum persona est causa principalis actus iuridici (16) — 3° error circa identitatem rei (*error in corpore*) (17). — 4° error circa qualitates *substantiales* seu *essentiales*, circa illas videlicet qualitates, ex quarum existentia pendet rem includi necne in determinata specie, secundum communem rerum in commercio aestimationem. Accidentales autem qualitates habentur, quae rem meliorem vel peiorem reddunt, quin essentiam immutent (18). Pleurumque habentur ut accidentalalia nomen personae, nomen atque accessoria rei. In actibus iuridicis bilateralibus error haberi potest in eo quod declaratio voluntatis unius partis non versetur circa idem obiectum, ad quod tendit declaratio voluntatis alterius partis. At per se etiam in hoc casu non datur nullitas actus nisi ex errore, qui voluntatis consensum tollit.

(15) L. 18. de rebus credit. 12. 1.; cfr. quoque L. 36. de acqu. rer. domin. 41. 1.

(16) « Quotiens volens alium haeredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans veluti « frater meus » « patronus meus », placet neque eum haeredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est ». *Ulpianus*, fr. 9. pr. de haer. inst. 28. 5.

(17) § 23. Inst. de inut. stip. 3, 19.

(18) Cfr. exempla utriusque erroris in L. 9. § 2., L. 10. 11. 14 41. § 1. D. de contr. empt. 18, 1.

Erroris accidentalis ratio habetur: in restitutione in integrum (19), in actione ad repetitionem indebitae solutionis (20), et in commodis adnexis possessioni bonae fidei. Quibus in casibus si agitur de evitando damno, error debet esse *probabilis* et attenditur error *facti et iuris* (21). Si agitur de obtinendo lucro, debet esse *probabilis* et *facti*, nam error *iuris*, quamvis probabilis, pro obtinendo lucro non admittitur (22).

III. De dolo in actibus iuridicis.

(D. 4, 3. de dolo malo — C. 2, 21. eod.).

119. *Dolum* cum addito *malum* fontes definiunt, quod sit *machinatio quaedam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur aliud agitur*; vel cum Labeone, est *omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita* (L. 1. h. t.). Quare consistit in actibus, quibus deliberate alius inducitur in errorem vel quibus quis scienter utitur errore alterius in finem illum movendi ad aliquem actum iuridicum ponendum. Et in hoc fine distinguitur a *dolo bono* quod accipitur pro sollertia.

Quodsi agatur de actibus bilateralibus, ut dolus influxum habeat in actus iuridicos, debet esse commissus ab una parte contra alteram (23), non a tertia persona, quo in casu actus omnes suos effectus inter partes producit et pars decepta habet actionem contra tertium deceptorem (24) ad indemnitatem.

Distinguitur quoque dolus *substantialis* (*dolus dans causam actui*) et est ille sine quo actus iuridicus non esset positus, et dolus *accidentalis* (*dolus incidens in actum*) qui solum est causa alicuius conditionis vel circumstantiae actus iuridici, quae circumstantia non fuisset admissa sine fraude.

(19) L. 1. § 17. D. de separ. 42, 6.

(20) § 6. Inst. de oblig. quasi ex contr. 3, 27.

(21) L. 25. D. de probat. 22, 3.; L. 1. pr. D. ut in poss. legat. 36, 4.

(22) L. 31. pr. D. de usurp. 43, 1.

(23) L. 2. § 1. D. de doli except. 44, 4.

(24) L. 8. D. h. t. Cfr. tamen L. 18. § 3. pr. et med. h. t.

Cum error substantialis ex natura rei actum iuridicum nullum reddat ex defectu voluntatis, de dolo ratio haberi non potest nisi relate ad damni reparationem. At in theoria de dolo, solum ratio habetur illius doli, qui voluntatem relinquit, et speciatim versatur circa motiva actus (25). Quare in errore per dolum alterius inducto non tam attenditur error, quam iniusta alterius deceptio, cui decepto succurrit ius, non propter errorem sed *ex capite doli*. Atque haec est ratio cur attendatur *dolus circa motiva* actus iuridici, cum error circa motiva influxum in actus iuridicos non habeat.

120. *Influxus doli* ita generatim definiri potest: Dolus *principalis* seu substantialis (*dans causam actui*) dat ius ad rescissionem actus iuridici et praeterea ad compensationem damnorum. Dolus *accessorius* seu *incidens* dat ius ad solam damni compensationem. Quodsi dolus a tertia persona est commissus, manente valore actus iuridici, contra hanc tertiam personam exercetur ius repetendi indemnitatem. Per exceptionem dolus reddit nullos actus ultimae voluntatis.

Dolus dat locum *actioni* et *exceptioni* et in nonnullis casibus restitutioni in integrum (26). *Actio* autem doli habet hunc characterem ut sit infamans, cum reus succumbens in iudicio sit ipso iure infamis (27). Quare: 1° *actio doli* conceditur ut *subsidiaria*, ubi non suppetit alia actio vel remedium restitutionis in integrum (28). 2° relate ad personas, quibus deceptus reverentiam debet, puta adversus parentes, et relate ad haeredes auctoris doli *actio doli* mutatur in actionem *in factum* ad repetendum lucrum ex dolo perceptum (29); eadem mutatio

(25) Propter hanc rationem in antiquo iure Romano dolus non habebat influxum in actus iuridicos (Cicero, de off. III. 14.); qui a dolosa alterius fraude se praemunire vellet, debebat id cavere speciali clausula adiecta (*clausula doli*). Cfr. L. 22. i. f. de V. O. 45, 1. Nonnisi sub finem Reipublicae Praetor Aquilius Gallus (Cicero, de nat. deor. III. 30.) induxit actionem et exceptionem.

(26) D. h. t. L. 1. § 1.; Inst. I. 4, 13. de except. § 1.; D. 4, 1. de in integr. restit. L. 7. § 1.

(27) Inst. 4, 16. de poen. tem. litig. § 2. pr.

(28) D. h. t. L. 1, § 1. 4. 6.

(29) D. h. t. L. 11. § 1., L. 12. 26. 27.

fit generatim post elapsos duos annos (30); 3^o actio doli est actio *arbitraria*, in qua nimirum habet locum iudicis arbitrium (31).

§ 3. DE ACTUUM IURIDICORUM VARIA SPECIE

121. Actus iuridici aut *unilaterales* sunt aut *bilaterales*, *gratuiti* vel *onerosi*, *inter vivos* vel *mortis causa*.

Bilaterales illi sunt, in quibus duae aut plures personae concurrunt v. g. matrimonium, adoptio et generatim omnes contractus. *Unilaterales* qui principaliter perficiuntur per unius dumtaxat personae voluntatem, ut occupatio, specificatio, testamentum, codicillum, haereditatis aditio, negotiorum gestio (32). — *Lucrativi seu gratuiti* sunt illi qui important aliquam liberalitatem v. gr. commodatum, depositum. *Onerosi* illi sunt quibus unaquaeque pars intendit obtinere aliquam compensationem ideoque excludunt animum faciendi aliquam liberalitatem v. gr. emptio-venditio, locatio, permutatio, transactio.

§ 4. ACTUS IURIDICI ELEMENTA

122. Sunt vel *essentialia* vel *naturalia* vel *accidentalia* negotii (*Substantia, natura, accidentia et adminicula*).

Essentialia (substantia negotii) sunt, sine quibus actus iuridici existere non possunt, seu quibus detractis nec nomen nec notio superfutura est negotii de quo quaeritur, puta pretium in emptione-venditione (33).

Naturalia sunt illa, quae licet negotii substantiam non constituent, sua vi insunt negotiis, ideoque in ambiguis prae-

(30) C. h. t. L. 8. iunct. D. h. t. L. 28. i. f.

(31) Inst. 4, 6. de action. § 31.

(32) Quae divisio non est confundenda cum divisione *contractus* in unilateralem et bilateralem; nam etiam contractus unilaterales, puta commodatum, depositum, sunt actus iuridici bilaterales, quia in eis ineundis requiritur *duorum* consensus.

(33) D. 18, 1. de contr. empt. L. 36.

valent seu praesumuntur adesse, quamvis privatorum arbitrio mutari tollique possunt, si de hoc inter partes expresse conventum fuerit; ita obligatio emptoris dandi pretium rei dum sibi res empta traditur, *naturaliter* inest contractui emptionis-venditionis (34).

Accidentalia sunt illa quae in negotio comprehenduntur ex sola partium voluntate (35).

Dari elementa *essentialia* actus iuridici probare debet is, qui in illo actu suum ius fundat, quibus probatis *naturalia* praesumuntur adesse, eaque neganti incumbit probationis onus; at *accidentalia*, cum non praesumantur, ab asserente sunt probanda.

Inter accidentia actuum iuridicorum praecipue veniunt *conditio*, *terminus* et *modus*.

§ 5. DE CONDITIONIBUS

(D. 35, 1. de conditionibus et demonstrationibus).

123. *Conditio* in sensu *latiori* est circumstantia actui iuridico adiecta, ex qua dependet valor actus seu consensus voluntatis in ipsum fit dependens. Sensu stricto est circumstantia seu factum futurum et incertum ex cuius futura existentia fit dependens actus iuridicus seu aliqua relatio iuridica (36). Actus cum ea dependentia positus dicitur *negotium conditionale*, per oppositionem ad alios, qui dicuntur *negotia pura*.

Distinguuntur conditiones *suspensivae* et *resolutivae*. A primis fit dependens existentia actus iuridici; a resolutivis eius cessatio seu rescissio. — *Positivae* et *negativae* prout consistant in existentia vel negatione eventus futuri (37). — Sunt *casuales*, *potestativae* et *mixtae*, prout eventus aut a sola fortuna seu ab alieno arbitrio totus pendeat, vel in eius personae voluntate, ad quod ius conditionale pertinet, positus

(34) D. 19, 1. de A. E. et V. L. 11. § 1.

(35) Inst. 3, 15. de V. O. § 2. 4.

(36) D. 12, 1. de reb. cred. L. 38. iunct. 37. i. f.

(37) D. h. t. L. 60. pr.

sit, vel utrumque concurrat et casus et privatorum arbitrium (38). — *Impossibiles* sunt quae per rerum naturam fieri nequeunt (impossibilitas facti sive *physica*) (39); quibus accensentur conditiones *illicitae* seu legibus contrariae (impossibilitas *iuridica*) (40), cuiusmodi sunt quae contra bonos mores (41) et contra honestatis rationem fiunt, quae ansam dant delictorum et improbitatum (42), quae nimium vel praeter recti conscientiam et utilitatis publicae rationem naturalem hominum libertatem onerant atque impediunt (43).

124. *Conditionis implendae ratio.* — *Conditio affirmativa* impletur (*conditio existit*) cum eventus plene verificatus est (44). Interim dum eventus est possibilis, conditio dicitur *pendere*. Cum iam certum est conditionem verificari non posse, haec dicitur *deficere*; quare conditio cuius impletiōi tempus definitum est, per solum lapsum temporis eventu non sequuto deficit (45); conditio vero *negativa* deficit eventu secuto et impletur cum primum eventus redditus est impossibilis (46).

Conditio, etiam eventu non verificato, pro impleta habetur, si per eum, cuius intererat conditionem non verificari, eventus dolose impeditus est (47). Utrum autem in conditionibus *potestativis*, aequivaleat impletiōi conditionis, quod is, ad quem spectabat, fecerit quidquid potuit ad conditionem ponendam, quaestio est interpretationis dependens a natura negotii iuridici; generatim benignior in ultimis voluntatibus, quam in actibus inter vivos, interpretatio adhibetur (48).

(38) C. 6, 51. de cad. toll. L. un. § 7. pr.

(39) Inst. 3, 19. de inut. stip. § 11.

(40) D. 45, 1. de V. O. L. 137. § 6.

(41) D. h. t. L. 22.; D. 28. 7. de condit. inst. L. 9.

(42) D. 28, 7. de cond. inst. L. 8. pr.

(43) V. gr. si quis a loco quodam non recedat; conditio qua facultas testandi restringitur; si alieno arbitrio quis nupserit; si omnino non nupserit.

(44) D. h. t. L. 23.; Inst. 2, 14. de haered. instit. § 11.

(45) D. 40, 5. de fideic. libert. L. 41. § 12.

(46) D. 45, 1. de V. O. L. 115. § 1. L. 99. § 1.

(47) L. 171. D. de reg. iuris 50, 17.

(48) « Si ita mihi legatum sit, si Seiam uxorem duxero, nec ea velit

125. Conditionum effectus. — 1° In conditionibus *suspensivis*:
a) dum conditio *pendet* actus iuridicus, utpote nondum existens, nullum producit effectum (49); quare si quis per errorem solveret, solutum repetere potest *ex conditione indebiti* (50). At nihilominus actus iuridicus habet interim existentiam *conditionalem* (51), vi cuius partes ipsum retractare non possunt nisi mutuo consensu; quare in ipso actu conditionali habent ius quod ad haeredes transmittere possunt (52) — *b)* si conditio *deficit* actus iuridicus habetur nullus (53) — *c)* si conditio *existit* actus iuridicus plenum habet valorem, atque ex communi doctrina illum valorem, per vim retroactivam, sortitur a die positi actus conditionati ex praesumpta voluntate partium, exceptis conditionibus potestativis in quibus illa praesumptio non habet fundamentum (54).

2° *Conditio resolutoria*: *a)* dum illa conditio *pendet* actus iuridicus omnes suos effectus producit, ita tamen ut si dein conditio impleatur efficaciam amittat (*est negotium perfectum quod sub conditione resolvitur*) (55) — *b)* si conditio *deficit* actus iuridicus plene valet nec est obnoxius rescissioni (56) — *c)* si conditio *existit* sive impletus actus iuridicus resolvitur sive melius penitus extinguitur cum omnibus suis effectibus, cum effectum retroactivo ex praesumpta partium voluntate (57), quae praesumptio pariter deficit in conditionibus potestativis (58).

nubere, dicendum erit diem legati cedere, quod per me non stat, quominus paream conditioni, sed per alium stat ». L. 5. § 5. D. quando dies 36, 2.

(49) D. 20, 1. de pignor. L. 13. § 5.

(50) D. 12, 6. de cond. indeb. L. 16. pr.

(51) Inst. 3, 15. de V. O. § 4. Cfr. *Serafini*, Istit. I. § 27.

(52) Inst. 3, 15. de V. O. § 4., 3. 19. de inut. stipul. § 25.

(53) D. 18, 6. de peric. et com. L. 8.; D. 18, 4., de haered. vel act. vend. L. 19.

(54) D. 20, 4. qui potiores L. 11. § 1. Cfr. *Maynz* I. § 123. II. § 290; *Vindscheid* I. § 91.; *Van Wetter* I. § 78.; *Arndts-Serafini*, Pandette I. § 71.

(55) D. 18, 2. de in diem addict. D. 2. § 1. L. 3.

(56) D. 18, 2. de in diem addict. L. 6. pr.

(57) D. 18, 3. de lege commiss. L. 5. Quae extinctio fit ipso iure, nec est necessaria actio personalis ad obtinendam restitutionem in integrum. Cfr. *Arndts-Serafini*, Pandette I. § 71. not. 7.

(58) D. 20, 6. quib. mod. pign. solv. L. 3.

126. *De conditionibus impropriis.* — Tales habentur conditiones *impossibiles, necessariae, de praesenti aut de praeterito* et conditiones *tacitae*.

Necessariae (solvam decem millia si Titius moriatur). Conditio serius ocius necessario implebitur; inde actus iuridicus non habetur conditionatus sed *negotium purum*, et inde ab initio sum debitor, licet possim differre solutionem usque ad mortem Titii si haec fuit intentio (59).

Impossibiles sive naturaliter sive iuridice excludunt vel merito praesumuntur excludere voluntatem in eo, qui sub conditione stipulatur aut paciscitur vel de aliqua re disponit, et inde actum iuridicum nullum reddunt. Nihilominus in dispositionibus ultimae voluntatis contraria iuris dispositio habetur et ipsae conditiones pro non adiectis habentur (60).

Similem effectum ac conditiones impossibiles habent conditiones *illicitae* (turpes), quibus intenditur negotium lege morali vel civili reprobatum (61). At liceitas vel illiceitas non debet spectari in ipsa conditione, sed potius in fine seu negotio quod sibi proposuit obtinere, qui conditionem apposit. Inde etiam habetur valida conditio, quae respicit actum illicitum tertiae personae, immo etiam quae respicit actum illicitum unius partis, si praestatio non induat rationem praemii pro actu illicito aut non sit unicum motivum propter quod pars abstinet ab actu illicito ponendo (62).

Conditiones de praesenti aut praeterito « aut statim infirmant

(59) « Qui sub conditione stipulatur, quae omnino exitura est, pure videtur stipulari ». D. 46. 2. de novat. L. 9. § 1.; D. 35. 1. de cond. L. 79. pr.; Inst. III. 19. § 11. — « Sed cum eo, qui ita promisit, si intra Kalendas digito coelum non tetigerit, agi protinus potest ». L. 8. de V. O. 45. 1, quia hic agitur de conditione *negativa*, seu de eventu quod ex nunc necessario non erit.

(60) « Obtinuit impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas ». D. h. t. L. 3. — *Impossibilis conditio in institutionibus et legatis, necnon fideicommissis et libertatibus, pro non scripta habetur* ». Inst. 2. 14. de haered. inst. § 10. Cfr. Gaium, Inst. III. 98.

(61) L. 123. D. de V. O. 45, 1.; Paulus, Sent. III. 4. § 2.

(62) L. 121. D. de V. O. 45, 1.; L. 7. § 3. de pact. 2, 14.

obligationem, aut omnino non differunt: veluti, *si Titius consul fuit vel si Maecius vivit*: nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam certa sunt non morantur obligationem, *licet apud nos incerta sint* ». Inst. 3, 15. de V. O. § 6.

Conditiones tacitae sunt illae, a quibus lex ipsa dependentem facit iuris acquisitionem; ipsae actum proprie conditionatum non faciunt et apparentiam magis quam vim verae conditionis habent (63).

127. *Conditionum admissio*. — Sunt actus qui conditionem quamcumque non admittunt, eaque adiecta evadunt nulli (64) etiamsi agatur de conditionibus, quae dictae sunt impropriae. — Alii sunt actus, qui *determinatas* quasdam condiciones non admittunt, de qua re suis locis, ita v. gr. haeredis institutio non admittit conditionem resolutoriam (D. 28. 5, de haered. inst. L. 89.).

§ 6. DE TERMINI APPPOSITIONE

128. *Terminus* (dies) est restrictio temporis adiecta actui iuridico respectu ad ipsius effectus, qui nonnisi post certum tempus debent incipere vel usque ad certum tempus durare. Hinc *dies a quo*, qui est terminus suspensivus adiectus executioni actus, et *dies ad quem*, qui est terminus resolutivus adiectus pro actus rescissione (65).

Qui terminus potest esse determinatus modo directo v. gr. cum indicatione diei in Kalendario, vel modo indirecto per respectum ad eventum futurum v. gr. post meam mortem, postquam tutelam evasero. Hinc duplex modus « *certus an certus quando* » vel « *certus an incertus quando* » prout cognoscatur

(63) D. 28, 5. de haered. inst. L. 69.

(64) L. 7. D. de R. I. 50. 17. « *Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem veluti [e]mancipatio, acceptilatio, haereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem* ». Cfr. Windscheid, Diritto delle Pandette I. p. 1020. sq. de notione actus legitimi.

(65) D. 44, 7. de O. et A. L. 44. § 1.

tempus praecisum illius eventus aut ignoretur, quo ultimo casu potius quam terminus habetur *conditio* (66).

Actus qui conditionem non admittunt nec terminum recipiunt (D. 50. 17. de R. I. L. 77.; D. 1. 7. de adopt. L. 34.; D. 26. 8. de auct. tut. L. 8.).

Effectus termini suspensivi: cum terminus etiam suspensivus non habeat naturam conditionis, obligatio statim contrahitur et respectivum ius statim acquiritur, sed executio obligationis non urget et consequenter ab habente ius exigi non potest nisi elapso termino (67). Quare solutio ante terminum per errorem facta repeti non potest, cum solutum sit id quod vere debebatur (68). Elapso termino urget obligatio executionis, quae tamen effectum non habet retroactivum (69).

Effectus termini resolutivi is est ut pendente termino actus iuridicos omnes suos effectus plene producat; elapso vero termino statim cessant, sed cessatio pariter effectum retroactivum non habet (70).

§ 7. DE APPOSITIONE MODI.

(C. 8. 55. de donationibus quae sub modo... conficiuntur).

129. *Modus* est onus accessorium adnexum acquisitioni aliquius iuris. Vix habet locum in actibus iuridicis *onerosis*, frequenter in actibus per quos confertur aliqua liberalitas, praesertim in actibus ultimae voluntatis, in quibus frequenter imponitur personae in quam collata est liberalitas (donatarius, haeres, legatarius) ut rei relictæ determinatum faciat usum vel aliquid alteri largiatur. Quare *modus* generatim continet aliquam diminutionem beneficii; sed ratio oneris accessorii, facit quod non possit exigi per modum aliquid quod

(66) D. 12, 6. de condict. indeb. L. 16. § 1. L. 17.

(67) Inst. 3, 15. de V. O. § 2.

(68) D. 12, 6. de condict. indeb. L. 10.

(69) D. 31, de leg. II. L. 43. § 2.

(70) D. 45, 1. de V. O. L. 56. § 4.

aequivalet iuri adquisito, secus mutatur natura negotii in aliud negotium proprium et independens (71).

Modus obligationem inducit in eo cui impositus est, atque ad eius impletionem exigendam datur actio. In ipsum autem actum iuridicum nullum influxum habet; et inde differt a conditione et a termino. At idem factum potest ex statuendum voluntate habere vim modi vel conditionis (72), quae duo nomina nonnumquam promiscue usurpantur; quare saepe intentio partis erit dubia, quo in casu modum esse adiectum potius praesumendum est (73).

Quoties per eum, in quem collata est liberalitas, non stat, quominus impleatur modus, pro eo est, quasi sit impletus (L. 1. C. h. t.). Quodsi modum impleri vel non impleri nullius interest, praeter eum ipsum cui dicta lex est, is, licet causa non secuta sit, nihilo tamen minus quod datum relictumve sub modo est obtinet (74).

§ 8. DE ACTUUM IURIDICORUM INVALIDATIONE.

130. Invalidationis duplex distinguitur species, altera qua actus redditur *nullus*, altera qua solum redditur *rescindibilis*. Actus *nullus* ille est, cui ob defectum requisiti essentialis negatur existentia iuridica v. gr. testamentum sine haeredis institutione. Ad actum, qui nullus est, invalidandum nulla requiritur actio, imo *querela nullitatis* in casu non haberet sensum iuridicum, utpote contra actum, qui legaliter non existit. Quare legitimi haeredes, in exemplo proposito, loco exigendi testamenti invalidationem debent promovere *haereditatis petitionem*, atque sese opponenti obicere *exceptionem nullitatis*. Quare iudex *declarata* testamenti nullitate locum dabit successioni ab intestato atque conventum damnabit ad restituenda bona haereditaria (75).

(71) D. 39, 5. de donat. L. 18. § 1.

(72) D. 35, 1. de condit. L. 80.

(73) D. 40, 4. de manum. testam. L. 17. § 2. L. 44.

(74) L. 13. § 2. D. de donat. inter V. et U. 34. 1. « Cum quis acceperit, ut in suo aedificet, condici ei id non potest ».

(75) *Arndts-Serafini*, Pandette I. § 79.; *Van Wetter* I. § 81.

Actus *rescindibilis* ille est, cui agnoscitur existentia iuridica sed tamen vel a parte vel a tertia persona interesse habente impugnari potest et ob rationem iuridicam declarari iuridice inefficax. Eius proinde valor subsistit, donec ab eo, cui id a iure conceditur, impugnetur. V. gr. actus ex dolo vel metu positus existentiam habet iuridicam, donec dolum vel metum passus suum non exerceat ius illum actum impugnandi et petendi rescissionem, altera vero pars illius rescissionem petere non potest, quia esset *exceptio ex iure tertii*. Quae invalidatio potest esse partialis praesertim quoad personas, quo in casu habetur *negotium claudicans*, ut evenit v. gr. in venditione facta a *pupillo* sine auctoritate *tutoris* in qua solus emptor manet obligatus.

131. Generatim (76) sunt *nulli* illi actus quibus deest conditio necessaria ad valorem, si illa conditio afficit ipsum obiectum (77) vel actus ipsius iuridici celebrationem (78), salvis iis quae dicta sunt de influxu *doli* et metus. — E contra incapacitas partium generatim est tantum causa *rescissionis* in favorem partis incapacis (79). Actus vero ultimae voluntatis etiam ex incapacitate partis sunt ipso iure nulli, sicut etiam nullitatem inducit illa partis incapacitas, quae voluntatem excludit actui essentialem.

Quodsi post actum iuridicum iam perfectum, tum superveniat defectus conditionis ad actum requisitae, si haec ipsum obiectum actus afficiat, actus infirmatur; si superveniat defectus conditionis requisitae ad capacitatem partis, actus valor subsistit, et solum in specialibus casibus infirmatur.

132. *Nullitati et rescissioni communia sunt principia*: —
1^o Actus nullus aut rescindibilis non firmatur per hoc quod causa nullitatis vel infirmitatis deinde cessaverit, « *quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest* » D. 50. 17. de R. I. L. 29.

(76) Cfr. *Serafini*, Istit. I. § 30.; *Van Wetter* I. § 81.

(77) Inst. 2. 20. de legat. § 4.

(78) D. 44. 7. de O. et A. L. 57.

(79) Inst. 1. 21. de auct. tut. pr.

2° Actus nullus aut rescindibilis, sine expressa voluntate partium in alium actum transformari non potest. Quare ut in aliud negotium convertatur requiritur ut omnia omnino insint, quae efficiant ut tamquam aliud valere possit, et ut certo constet voluisse auctores negotii ut hoc ipsum valeat quomodocumque possit, quem in finem plerumque erit necessarius usus clausulae confirmatoriae (80).

3° Nullitas aut rescissio ad eas actus partes restringitur, quibus desunt conditiones requisitae, quibus vitiatis partibus detractis, cetera in suo valore permanent, « *utile per inutile non vitiatur* » D. 45. 1. de V. O. L. 1. § 5. ; si tamen vitiatur id quod est caput rei, plerumque id quod actum est in totum vitiatur (81), nisi aut ad certas tantum personas pertineat vitium (82) aut in sola quantitate adsit (83) aut ex speciali lege, licet principale negotium corruat, quae adiecta sunt salva sint atque rata (84).

Actus *nullus* non admittit confirmationem seu convalidationem; eam admittit actus dumtaxat rescindibilis.

§ 9. DE ACTUS IURIDICI CONFIRMATIONE SEU CONVALESCENTIA.

133. Haec confirmatio, quae ut dictum est non ad actus nullos sed ad solos actus rescindibiles refertur, his praecipue legibus regitur.

1° Confirmatio non est possibilis, nisi postquam rescissionis causa cessavit, secus ipsa confirmatio eodem vitio laboraret quo actus (85).

2° Confirmatio potest esse *expressa* et *tacita*. Tacite habetur, si pars in cuius favorem rescissio est statuta eos actus ponat qui aliter non possunt rationabiliter interpretari nisi

(80) D. 29, 7. de iure condit. L. 1. ; D. 18, 5. de rescind. vend. L. 5.; D. 13, 5. de const. pecun. L. 1. § 4. ; L. 1. § 2. i. f. de V. O. ; L. 8. pr. C. de codicill. 6. 36.

(81) L. 178. D. de R. I.

(82) L. 13. § 29. D. de act. empt. vendit. 19, 1.

(83) L. 29. D. de usur. 22, 1. ; L. 34. C. de donat. 8, 54.

(84) L. 15. i. f. D. de inoff. testam. 5, 2.

(85) C. 2, 46. si maior fact. rat. hab. L. 2.

tamquam actus confirmatio (86). Inter hos actus recensetur silentium diuturnum (87), cuius duratio non est uniformi modo definita; sed pro petenda restitutione in integrum (88) dantur quatuor anni; minor habet quinque annos a die quo ad maioritatem pervenit ad impugnandas suorum bonorum alienationes (89) et si agatur de donatione protenditur ad decem annos inter praesentes, viginti inter absentes (90).

3^o Confirmatio actus iuridici effectum habet retroactivum et consideratur actus tamquam ab initio validus (91).

§ 10. DE ACTUUM IURIDICORUM INTERPRETATIONE.

134. Valent in hac interpretatione sequentes leges:

I. Si verba sint clara, iis inhaerendum est, « *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* » (D. 32. de leg. III. L. 25. § 1.), verbis enim claris per se exprimitur certa partium voluntas. Quae regula cum suo motivo cessat, si ex circumstantiis clare evincitur verba pugnare cum certo cognita partium voluntate, « *in conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit* » (D. 50. 17. de V. S. L. 219.; D. 32. de leg. III. L. 69. pr.). — Ceterum usitatae in actibus iuridicis clausulae tacite intelliguntur, quibus si partes velint derogare, id exprimere debent.

II. Si verba quibus perficitur actus iuridicus sunt ambigua aut obscura, quorum sensus clare non innotescit:

1^o In ipso actu ante omnia quaerenda est explicatio ambigui vel obscuri sensus, atque una actus clausula per aliam, quantum fieri possit, est explicanda (D. 50. 16. de V. S. L. 126.).

2^o Quodsi nihilominus aliqua clausula ambigua manet, subsidiarie is assumitur sensus, quo clausula effectum pro-

(86) C. 2, 46. de his quae vi L. 2.

(87) C. 5, 74. si maior fact. alien. rat. hab. L. 3.

(88) C. 2, 53. de tempor. in integr. restit. L. 7. pr.

(89) C. 5, 74. si maior. L. 3. in med.

(90) C. 5, 75. si maior L. 3. i f.

(91) Cit. L. 3. in med.

ducit prae illo quo effectus non producitur, ex rationabili conjectura quod partes aliquid inutile noluerunt facere (D. 34. 5. de reb. dubiis L. 12.). Quodsi in utroque sensu clausula effectum habeat, is assumitur qui melius respondeat actus naturae (D. 50. 17. de R. I. L. 67.) et ultimo loco illi adhaerendum est sensui, quo minus actus effectibus derogatur, cum exceptiones non praesumantur et strictae sint interpretationis (D. 18. 2. de in diem addict. L. 2. pr.).

3° Si traditae regulae applicari non possint, actus interpretandus est contra valentem clarius loqui, qui dubii et ambiguitatis causa fuit (92). — Quare in conventionem unilateraliter generatim favetur debitori (93); « *semper in obscuris, quod minimum est, sequimur* » D. 50. 17. de R. I. L. 9.; in pactionibus bilateralibus interpretatio fit contra eum qui solet pactionem proponere seu dictare (94). — Alienationes et praesertim renuntiationes non praesumuntur ideoque strictae sunt interpretationis. At in dispositionibus ultimae voluntatis, cum liberalitatem contineant, lata adhibenda est interpretatio: « *in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur* ». L. 12. D. de R. I. 50. 17.

4° Dispositiones quae intelligi non possunt, ideoque interpretationem non patiuntur, habentur pro non scriptae. L. 73. § 3. D. eod.

§ 11. DE TEMPORE IN RELATIONE AD ACTUS IURIDICOS.

135. Distinguitur *dies, mensis, annus*.

I. *Dies* constat 24. horis a media nocte ad mediam noctem computandis, i. e. a sexta hora unius noctis ad sextam horam sequentis noctis (95).

(92) Arg. D. 45, 1. de V. O. L. 99. pr. et in med. et i. f.; D. 2, 14. de pact. L. 39.

(93) D. 45, 1. de V. O. L. 99.

(94) « *Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere* ». D. 2, 14. de pact. L. 39. iunct. L. 34. pr. D. de contr. empt. 18, 1.

(95) L. 8. D. de feriis 2, 12. « *More romano dies a media nocte incipit et sequentis noctis media parte finitur; itaque quidquid in his viginti quatuor*

Mensis constat triginta diebus, quaecumque demum sit mensis duratio in Calendario.

Annus constat diebus 365. etiamsi agatur de anno bissextili. In hoc casu sextus dies ante Kalendas Martias considerabatur a Romanis ut dies 48. horarum (*bissextus dies*), et 24. horae priores constituebant *diem sextum posteriorem* (dies intercalaris) et 24. horae posteriores constituebant *diem sextum priorem*.

136. II. *De diversis computandi modis.* — Distinguebatur computatio *naturalis* et *civilis*. In primo computandi modo computabatur *a momento ad momentum* (Cit. L. 8. D. de feriis). In computatione civili solum computabantur dies, qui considerabatur ut *unitas* temporis (instans iuridicum). Quare dies iam inceptus valebat pro uno die integro « *dies a quo computatur in termino* » Arg. L. 7. D. eod.; relate vero ad terminum seu finem durationis, sufficiebat dies inceptus, si ageretur de acquirendo iure (96), si vero ageretur de iuris extinctione requirebatur ultimus dies completus seu qui penitus transiisset (97). — Porro romani insistebant computationi civili propter difficultatem cum certitudine determinandi momentum quo actus iuridicus fuisset celebratus (Arg. L. 8. D. de feriis).

Distinguitur quoque computatio *continua* et *utilis* vel potius tempus continuum et utile. *Continuum* habetur cum computantur omnes omnino dies alicuius durationis. *Utile* habetur cum non computantur dies, quibus actus iuridici, de quo agitur, ponendi non fuit possibilitas (98). — Computatio potest esse utilis modo absoluto i. e. « *tempus utile ratione initii et ratione cursus* », aut solum quantum ad initium computationis « *tempus utile ratione initii, sed continuum ratione cursus* » (99).

horis, id est duabus dimidiatis noctibus et luce media actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset ». Cfr. Windscheid, Diritto delle Pandette, I. § 103. sq. inunct. pag. 1063. sq.

(96) L. 15. pr. D. de div. temp. praeser. 44, 3.; L. 6. 7. D. de usurp. 41. 3.

(97) L. 6. D. de O. et A. 44, 7.

(98) *Ulpianus*, XXII. 32.; L. 1. init. D. de div. temp. praeser. 44, 3.

(99) D. 38. 15. quis ordo in poss. servand. L. 1.; C. 6. 30. de iure delib. L. 19.

Salva iuris dispositione in continuo computari debet. Arg. *Ulpiani* XXII, 31.

§ 12. DE ACTIBUS ILLICITIS.

137. I. Notio. — Illicitus (iniustus) est actus qui alterius ius violat: qua in re non sufficit violatio materialis sed debet esse facta ex voluntate, quae est de essentia actus iuridici, ideoque imputabilis. Debet intercedere, ut dicitur, culpa in sensu lato huius vocis.

138. II. Culpa species — *a)* Culpa in sensu lato datur semper ac alicui est imputabilis laesio iuris alterius, quare comprehendit in hoc sensu et dolum ad quem necessarius est actus (positivus vel negativus) iniustus scienter et voluntarie positus. Culpa vero in sensu stricto habetur cum sine intentione laedendi ius alterius sufficiens non adhibetur diligentia ad illam laesionem evitandam, quare essentialiter consistit in negligentia.

b) Distinguitur culpa *Aquiliانا* (culpa legis *Aquiliae* — culpa extra-contractualis) quando laeditur persona cum qua laedens nullo vinculo obligationis tenetur adstrictus, puta si quis ex culpa domum alterius incendit. Exigit actum positivum (culpa in faciendo) nec per solam omissionem committitur, nam praeciso vinculo obligationis nemo tenetur aliquid in utilitatem alterius facere (100). — Ab illa culpa distinguitur culpa extra-Aquiliانا (contractualis) quae consistit in omissione diligentiae, quam exigit vinculum obligationis, quo aliquis erga alium tenetur v. gr. depositarius in custodia rei sibi datae in depositum; et potest committi etiam per omissionem (in non faciendo) (101).

c) Culpa potest esse lata et levis. Culpa lata est « nimia negligentia, i. e. non intelligere quod omnes intelligunt » *Ulpianus* fr. 213. § 2. D. de V. S. 50. 16. Quae negligentia

(100) D. 7, 1. de usufr. L. 13. § 2.

(101) Culpa Aquiliانا originem dat obligationi propriae et independenti; extra-Aquiliانا obligationem accessoriam addit obligationi praexistenti.

tunc habetur cum quis omittit diligentiam, quam homines etiam minus solliciti adhibent in propriis negotiis. Imo etiam ut culpa lata habetur, quod quis in negotio alterius personae minorem curam habuerit quam in propriis negotiis (102). — Culpa *levis* habetur cum omittitur diligentia quam debet habere *diligens paterfamilias* (103).

Quod evenit ex negligentia, quae nequidem ad culpam *levem* pertingit, tribuitur *casui* (104).

139. III. *Praestatio culpa*e. — In damnis quae cadunt sub lege *Aquiliana* culpa non solum lata sed etiam *levis* est praestanda.

In culpa contractuali seu extra. — *Aquiliana* est praestanda culpa *lata* vel *levis* pro diversa ratione obligationis, qua tenetur culpam admittens. *Generatim* dumtaxat *lata* culpa est praestanda cum vinculum obligationis contrahitur in favorem alterius (excipitur *mandatarius* et *negotiorum gestor*) v. gr. *depositarius* et *commodans*; etiam culpa *levis* praestari debet ab eo qui obligationem in proprium commodum contrahit v. gr. *deponens*, *commodatarius*, *emptor*, *venditor*, *locator* et *conductor* (105).

§ 13. EFFECTUS ACTUS ILLICITI.

140. I. Ex actu illicito immediate oritur in auctore obligatio reparandi damnum alteri illatum (106). Quae obligatio ut urgeat necesse est, ut actus illicitus vere fuerit causa illius

(102) D. 16, 3. depos. L. 32.

(103) Cfr. tamen *Van Wetter*, I. § 88. 2º.

(104) Antiqui quidem romanistae mentionem faciunt *culpa levissimae* in omissione diligentiae quam adhiberet *optimus paterfamilias* seu homo *diligentissimus*. Quam distinctionem generatim recentiores repudiant et in clausulis *diligentia exactissima* (Inst. 3. 27. de oblig. quasi ex contr. § 1.), *culpa levissima* (D. 9. 2. ad leg. Aquil. L. 44. pr.) quae reperiuntur in fontibus dicunt sumi superlativum pro positivo, argumento desumpto ex C. 2, 19. de neg. gest. L. 20. et D. 9, 2. L. 31. ubi culpa definitur: « culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum ». Cfr. *Van Wetter* I. § 88.; *Windscheid* I. § 101.

(105) Cfr. tamen *Van Wetter* I. § 88. 2º; *Serafini*, Istit. § 31. in med.

(106) Inst. 4, 3. de lege Aquil. § 10. init.; D. 19, 1. de A. E. et V. L. 1. pr.

damni certumque sit sine ipso illatum damnum non fuisse secutum (107). Quod damnum potest esse *positivum* (*damnum emergens*) vel *negativum* (*lucrum cessans*) prout patrimonium minuatur vel eius incrementum impediatur. Distinguitur etiam *rei aestimatio* i. e. damnum quod immediate ex actu sequitur et *id quod interest* i. e. interesse indirectum quod damnicatus habebat in hoc quod factum inferens damnum non occurrisset (*quantum eius interest hoc vel illud factum non esse*) (108) sub quo tamen non comprehenditur *pretium*, ut dicitur, *affectionis*.

II. Auctor actus illiciti debet reparare damnum positivum et negativum et etiam indirectum. Praeterea si actus delictum continet praesertim cadens sub lege *Aquilia* debet etiam subire poenam (109).

III. In materia delictorum petitur reparatio damni et id quod interest ac poena per actionem ex delicto natam, praesertim per *actionem legis Aquiliae* (110). — In obligationibus ceteris pro diversis circumstantiis datur actio ex contractu orta aut actio doli vel actio *in factum*.

Reparatio praestanda ex dolo vel culpa potest ex voluntate partium augeri; at *pactum ne dolus praestetur* est irritum (111).

CAPUT X.

DE EXERCITIO ET DE PRIVATA TUTIONE IURIUM

De iurium exercitio.

141. Iura habentur ut exerceantur ideoque cum iure cohaeret potestas iure utendi. Atque nonnulla sunt iura, quae in primo suo exercitio extinguuntur (*ius crediti*), alia autem

(107) D. 9, 2. ad leg. Aquil. L. 29. § 3.

(108) Cfr. L. 21. § 2. L. 23. pr. et § 4. ad leg. Aquil. 9, 2.; L. 18. pr. commodati 13, 6.; L. 6. § 4. L. 13. pr. et § 2. de A. E. et V. 19, 1.; L. 19. § 1. locati 19, 2.

(109) Inst. (4. 6.) de act. § 18. init. (4. 3.) de leg. Aquil. pr. et § 9.

(110) Inst. (4. 6.) de act. § 18. 19.

(111) L. 23. D. de R. I. 50, 17.; L. 17. § 3. 4. de pact. 2, 14.

sunt quibus saepius uti possimus, puta *iura realia*. Iam qui tali iure potitur pro suo lubitu plerumque uti eo potest vel non, atque illud sive per se sive per alium exercere (1). Licet nonnumquam iura ex non usu per praescriptionem amittantur.

In genere nemo sui iuris exercitio prohiberi potest, quod alii damnum aliquod inde inferatur, nam *qui iure suo utitur nemini facit iniuriam* (2): sunt tamen casus in quibus illud exercitium tamquam illicitum et iniustum vetatur (3).

Potest tamen accidere *iurium collisio* qua iura sese mutuo excludant saltem partialiter. Generatim iure suo quis plene uti potest cum circumstantiae facti id non impediunt. Impedimentum nonnumquam venit ex hoc quod quis in exercitio iuris siverit se ab alio praeveniri (4); nonnumquam ex concursu alterius (5); nec desunt casus in quibus res sorte est decidenda (6). Quodsi quis indebite aut sibi ius appropriat, aut iuri alterius praeiudicat, iuris violationi conceditur apta defensio.

De cautionibus (7).

142. Cautio in sensu lato est medium iuridicum ordinatum ad tuendum ius et adimpletionem obligationis in altero reulstantis. — In sensu stricto cautiones sunt actus iuridici

(1) D. 50, 17. de R. I. L. 156. § 4. L. 21. L. 213.; Cod. 3, 7. ut nemo invitus agere cogatur.

(2) D. 50, 17. de R. I. L. 55. 151. 155. § 1.; D. 39, 2. de damn. infect. L. 26.

(3) L. 38. D. de rei vind. 6, 1. « Neque malitiis indulgendum est, si tectorium, puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, *nihil laturus nisi ut officias* ». Cfr. L. 1. § 5. L. 2. § 5. 9. D. de aqua pluv. 39, 3.; § 2. Inst. de his qui sui v. al. iur. 1, 8.

(4) D. 42, 8. quae in fraud. credit. L. 6. § 7. L. 24.; D. 20, 1. de pignor. L. 10.; D. 13, 6. commod. L. 5. i. f.

(5) L. 6. § 7. cit.

(6) Inst. 2. 20. de legat. § 23.; D. 5, 1. de iud. L. 14.; D. 10, 2. fam. erc. L. 5.; D. 40. 5. de fid. libert. L. 24. § 17.

(7) Alia etiam dantur iuris conservandi confirmandique praesidia, quorum tamen expositio pertinet ad partem specialem v. gr. arrhae, poena conventionalis, pignora, fideiussiones et sequestrationes.

privati a partibus ad assecurandam iuris tuitionem et impletionem obligationis in altero, quamvis etiam simul reddunt faciliorem viam illud ius *in iudicio* obtinendi et cogendi partem adversam ad implendam obligationem.

Distinguebantur cautiones *verbales*, quae dabantur aut per *promissionem iurata* (*cautio iuratoria*) aut per simplicem promissionem, in quo casu intercedere debuit stipulatio (*repromissio*), inde *cautio promissoria* unde alia oriebatur actio (*actio ex stipulatu*), quae poterat etiam securior reddi mediante scriptura (*cautio per antonomasiam, cautio exposita*) (8). — Aliae sunt cautiones *reales*, quae fiunt mediante fideiussore seu satisdatore (*cautio fideiussoria, satisdatio*) (9), quo in casu qui ius habet potest in iudicio exigere impletionem obligationis non solum a debitore, sed in eius defectu etiam ab alio; vel etiam obtinetur cautio realis mediante iure pignoris (*cautio pignoratitia*), qua quis ius suum securum reddit in valore alicuius rei determinatae (10).

Privata iuris defensio.

143. Unusquisque potest per se iura sua tueri contra attentatam ex parte alterius violationem, quandocumque id lex non vetat et modo quis se contineat intra debitos limites: limites autem praefiguntur ipsa necessitate, *defensio necessaria, moderamen inculpatae tutelae*. Quare licitum est vim in propriam personam aut propria bona illatam vi repellere cum moderamine inculpatae tutelae. Qui violenter spoliatus est rei alicuius possessione, potest per vim possessionem recuperare, modo id faciat incontinenti, *in ipso congressu*. Qui creditum habet connexum cum re alterius v. gr. propter

(8) L. 25. § 4. D. de probat. 22, 3.

(9) L. 1. D. h. t. 2, 8.; L. 7. D. h. t. 46, 5.

(10) L. 4. § 8. D. de fid. libert. 40, 5.; L. 1. § 9. D. de collat. 37, 6.

— Praeter actus privatos *cautionum* qui nonnunquam ex conventionem libera partium, nonnunquam quoad certos actus iuridicos ex obligatione legis sunt ponendi ad firmandum ius, dantur etiam in eundem finem quidam actus iudicarii v. gr. *missio in possessionem, arrestum, sequestratio*, quorum explicatio non pertinet ad hunc locum.

sumptus seu expensas necessarias vel utiles in ea re factas aut propter damnum inde receptum, in genere rem alienam retinere potest donec indemnis fuerit factus (11). — Sed est vetitum sibi rem debitoris appropriare sine huius consensu et sine debita magistratus licentia sive auctoritate, ut quis per hoc medium obtineat iuris obligationis seu crediti satisfactionem; quae illegitima appropriatio ex decreto Marci Aurelii ipsum ius perimit. Idem extenditur ad casum quo quis ut suum ius supra aliquam rem praevalere faciat, arbitrarie usurpat possessionem ad alterum spectantem (« *Creditorum si adversus debitores suos agant, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent. Alioquin si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, Divus Marcus decrevit, ius crediti eos non habere* » L. 7. D. 48, 7.). — Quae privata tuitio non impeditur cum media iudiciaria sunt insufficientia ad evitandum grave damnum imminens et alia ratione irreparabile (D. 42, 8. quae in fraud. creditor. L. 10. § 16.).

Sed ordinarium ac proprium medium iura controversa aut violata tuendi est recursus ad potestatem iudiciariam, cuius est de iure controverso decidere, eoque recognito etiam per veram coactionem constringere ad iuris reverentiam et ad impletionem obligationis, quae ex illo resultat. Qui interventus potestatis iudiciariae, cum quaestio est de privatorum iuribus tuendis debet invocari ab eo qui se laesum putat; invocatio autem fit per *actiones* in hunc finem praecise a iure concessas, ut quis per publicum magistratum obtineat quod privata auctoritate sibi vindicare, praesertim per vim, prohibetur. Hinc leges de ordine iudiciario et de processu civili, quae leges valde diversae fuerunt diversis temporibus, cum tria processus civilis systemata apud Romanos fuerint in usu: *legis actiones*, *procedura ordinaria*, cognitio seu *procedura extraordinaria*.

Expositio processus Romani obiectum est specialium tra-

(11) D. 1, 1. de iust. et iur. L. 3.; D. 9, 2. ad leg. Aquil. L. 4. pr., 5. 45. § 4.; D. 43, 16. de vi L. 1. § 27. 28., L. 3. § 9., L. 17; C. 3, 27. quando liceat sine iure vindicare se L. 1.

ctationum, atque ad ius *publicum* Romanorum potius quam ad privatum ius civile pertinet. Cum vero possibilitas laesionis aut controversiae et necessitas recurrendi ad auctoritatem iudiciale[m] ac processus inde resultans non parvum habeat influxum in ipsa privata iura, aliqua ratione theoria processus civilis ad studium iuris civilis pertinet. Quibus accedit quod plurima instituta iuris romani privati vix intelligi possunt sine aliqua cognitione processus romani; unde saltem praecipuae notiones sive positivae sive historicae non sunt praetermittendae.

CAPUT XI.

DE MEDIIS AD PUBLICAM IURIS TUITIONEM DATIS

De actionibus.

(*Inst. 4, 6. de action. D. 44, 7. de oblig. et act.*)

Cod. 4, 10.

144. *Actio* proprie est medium seu instrumentum ius suum in iudicio persequendi, vel ipsa iudiciaria sui iuris persecutio. Nonnumquam vero sumitur pro ipsa facultate ius suum in iudicio persequendi (*ius agendi*); quo sensu sumpta actio ipsa est verum quoddam ius, ius *crediti* adversus alium, semper enim supponit proprii iuris *ab alio* factam laesionem; atque inde accipit explicationem iuridica actionis definitio: « actio est ius persequendi iudicio, quod sibi *debetur* » (1). — Actio dicitur *nata* cum primum intentari potest; nascitur generatim ex iuris laesione.

Actiones reales et Actiones personales.

145. I. Actio *realis* (*actio in rem, vindicatio*) est quae oritur ex iure reali, aut ex iure cum persona cohaerente v. gr. ius libertatis, sc. cum aut intendimus rem aliquam nostram esse aut

(1) *Inst. h. t. pr.* Cfr. *Arndts-Serafini I. § 96.* Per se actione non solum petimus quod nobis debetur, sed etiam *quod nostrum est*; sed quod nostrum est iudicio non petimus, nisi cum quis nos impedit ab habendo quod nostrum est; ideoque aliquis respectus in personam fere datur in omni actione.

ius aliquod nobis competere, quin cum eo agamus qui nobis sit obligatus. — Actio *personalis* (*actio in personam*, *condictio* sensu lato accepta) est quae oritur ex iure crediti erga alium, qui mihi est obligatus seu debitor. — Per primas intendimus aliquam rem esse nostram aut ius aliquod nobis competere; per postremas intendimus aliquem, ex contractu, ex delicto aut alia ratione nobis obligatum, aliquid dare, facere aut praestare oportere (*Gaius* IV. 2. 3.).

Iura quippe realia et iura personalitatis nobis insunt adversus quodcumque societatis membrum et a quocumque laedi possunt; iura crediti non existunt nisi adversus *determinatam* personam debitoris. Hinc tempore procedurae per formulas, cum quis in iudicio persequeretur impletionem obligationis (*actio personalis*) *intentio* formulae necessario nomen debitoris continere debuit, erat concepta *in personam*; quodsi persequeretur ius reale aut personalitatis (*actio realis*), *intentio* in formula erat concepta modo generali et abstracto (*in rem*).

Recensentur quatuor actiones *mixtae* (Inst. h. t. § 20): sc. haereditatis petitio et tria iudicia divisoria, finium regundorum, familiae erciscundae et communi dividundo; quae licet propriiores sunt actionibus realibus vel personalibus, tamen partim ex iure in re, nempe haereditate vel dominio, partim ex iure ad rem, quasi ex contractu vel delicto nascuntur, et hinc etiam tum ad rei restitutionem tum ad praestationes personales dantur (2).

II. Actio *realis* ex dictis datur contra quemcumque; *personalis* solum contra personam debitoris. Nonnullae tamen actiones personales, licet non in iure *reali* sed in *obligatione* fundentur, ex speciali legis dispositione dantur contra quemcumque rei detentorem, quia obligatio illi detentioni est annexa et transit ad omnes qui in detentione succedunt; actiones *in rem scriptae* dicuntur (3).

(2) Cfr. *Glück* in libr. X. tit. 1. pag. 6. sq. Quam denominationem actionis mixtae plures nolunt admittere. *Van Wetter* I. § 97.

(3) D. 10, 4. ad exhib. L. 5. § 4. pr.; D. 4, 2. Quod metus causa L. 9. § 8.

Actiones bonae fidei et stricti iuris.

146. I. Quae, divisio pertinet ad solas actiones personales et respondet divisioni *obligationum* in obligationes bonae fidei et stricti iuris (4). Sunt ergo actiones bonae fidei vel stricti iuris, prout nascuntur ex obligationibus bonae fidei vel stricti iuris. In procedura *per formulas* in primo casu *intentio* continebat verba *ex bona fide* et nominabatur *arbiter*, in secundo nominabatur *iudex* (Cicero, Topica 17.); inde etiam actiones bonae fidei dictae sunt passim *arbitrariae*, actiones stricti iuris *iudicia* (Cicero, pro Roscio com. 4.).

II. Cum actio stricti iuris habet pro obiecto translationem iuris realis (*dare oportere, dationem*) vocatur *condictio* in sensu stricto: in sensu lato condictio significat quamlibet actionem personalem (Inst. h. t. § 15.) — *Conditiones* dividuntur in *conditiones certi* et *conditiones incerti*: priores habent pro obiecto certum *corpus* vel *certam* quantitatem rerum fungibilium; posteriores pro obiecto habent *genus* vel *indeterminatam* rerum fungibilium quantitatem (5). — Tandem condictio dicitur *actio si certum petetur* cum versatur circa certam pecuniae quantitatem; dicitur *condictio triticiaria* (*a triticum*) cum versatur circa *alias* res fungibiles vel circa determinatum corpus. Quare *Conditiones* sunt vel *certi* vel *incerti*. *Conditiones certi* sunt vel *actio si certum petetur* vel *condictio triticiaria*.

III. Huius divisionis *momentum* in eo est, quod: 1° in conventionione bonae fidei, interpretatio fiat magis respiciendo ad partium voluntatem, quam stricte inhaerendo conventionis terminis: e contra in conventionibus stricti iuris (6).

(4) Generatim obligationes bonae fidei nascuntur ex actibus iuridicis bilateralibus, stricti iuris ex actibus iuridicis unilateralibus. — *Iustinianus* (§ 28. 29. Inst. h. t.) hanc facit enumerationem: « Actiones bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de extimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, haereditatis petitio..

(5) D. 12, 1. de reb. credit. L. 6.; D. 45, 1. de V. O. L. 75. pr. et § 1.

(6) C. 5, 13. de rei ux. act. L. un. § 2. initio.

2^o Pacta accessoria in contractu bonae fidei protegentur per ipsam actionem natam ex contractu, cuius pars integrans censentur (7); pacta, accessoria in contractu stricti iuris actione carent et habentur tamquam conventiones distinctae a contractu, cui adiiciuntur (8).

3^o Fructus et redditus ex sola mora in solvendo debentur in obligationibus bonae fidei; in aliis non debentur, nisi a tempore *contestationis litis* (9).

Actiones arbitrariae.

147. I. Sub hac appellatione comprehendebantur omnes actiones reales et ex personalibus omnes illae quae tendunt ad obtinendam aliquam restitutionem vel exhibitionem, comprehensis quoque interdictis restitutoriis et exhibitoriis, et actione *de eo, quod certo loco* (10).

II. Actionis arbitrariae proprius quidam character erat *arbitrium iudicis* (Inst. h. t. § 31.). — Atque in antiquo iure Romano saltem usque ad ius classicum, *arbitrium* erat simplex invitatio qua iudex causa cognita convento intimabat quid actori restituere, exhibere seu praestare deberet, cui intimationi poterat conventus non parere et sinere se condemnari (11). At si dolus vel culpa lata intercessisset actor sub fide iuramenti (*iuramento in litem*) poterat determinare quanti esset damnandus conventus, modo non ageretur de actione personali stricti iuris (12). Quodsi reus conventus arbitrio obsecundabat, absolvebatur, nec amplius iudicio et condemnationi erat locus (*Gaius* IV. 163.). Qui modus procedendi habuit pro scopo remedium adhibere incommodis, quae ex stricto modo procedendi per formulas sequebantur,

(7) D. 13, 2. de condict. ex lege L. un.

(8) *Theophilus* I. 4, 13. de except. § 3.

(9) D. 6, 1. de rei vindic. L. 17. § 1.; D. 22, 1. de usur. L. 1. pr.; D. eod. L. 3. § 1.

(10) Inst. h. t. § 31.

(11) *Gaius* IV. 163.

(12) D. 6, 1. de rei vindic. L. 68.; D. 12, 3. de in litem iur. L. 5. pr. et § 4.

in quo condemnatio semper erat pecuniaria, de quocumque obiecto ageretur (*Gaius* IV. 48.), et per arbitrium procurabatur actori obtentio ipsius rei quam sibi vindicabat. — In iure novo *arbitrium* transiit in veram condemnationem, qua sententiae executio, seu rei ipsius restitutio militari manu officio iudicis obtineri poterat (13). Unde natura actionis arbitrariae est immutata; quae actiones arbitrariae transierunt in *ius commune actionum*, et, nisi conventus sponte executus sit arbitrium, datur locus condemnationi, quae condemnatio in casu doli vel culpa latae pronuntiatur ex actoris iuramento *in litem* (cit. L. 68. D.).

Actiones civiles — Actiones honorariae.

148. Actiones sunt *civiles* aut *honorariae* prout fundantur in iure *civili* aut in iure *honorario*. Actiones *honorariae* sunt aut *praetorianae* aut *aedilitiae* prout a *praetore* vel ab *aedili* fuerint constitutae (14).

Actionis honorariae proprium est ut generatim brevi spatio temporis praescribatur.

Actiones directae — utiles — in factum.

149. *Actiones directae* illae sunt, quae sunt directe constitutae pro casu de quo agitur. *Utiles* quae sunt constitutae ex analogia cum alia actione, quae analogia nonnumquam est fictitia et inde actiones *utiles fictitiae* (15). Actiones *in factum* sunt actiones directae originis honorariae, quae generatim peculiare nomen non habent; magistratus ad actionem *in factum* recurrebat, cum ex defectu analogiae non poterat concedere actionem utilem, tum novam creabat fundatam in factis et in aequitate.

In iure classico actiones utiles et in factum aliqua habuerunt pecuniaria relate ad *intentionem* formulae.

(13) D. 6, 1. de rei vindic. L. 68.

(14) Inst. h. t. § 3.; Rubrica C. 4, 48. de aedilitiis actionibus.

(15) Inst. 4, 3. de lege Aquilia § 16.; Inst. h. t. § 4.

Actiones praeiudiciales.

150. *Actiones praeiudiciales* sunt actiones, quae incidenter nascuntur in cursu alicuius processus, quaeque prius sunt decidendae antequam ille processus suum cursum habere possit (16). Antiquum ius romanum huiusmodi actionum magnum habuit numerum (*Gaius* IV. 44.). Ius Iustinianum illas solum conservavit quae referuntur ad quaestionem de statu personae, dum quaeritur an aliquis sit liber vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo (17). Ceterae quaestiones praeiudiciales locum non dabant distinctae procedurae, sed habebantur ut incidentia procedurae principalis.

Actiones praeiudiciales tamquam accessoriae actionis principalis, unde enascuntur, ab eodem iudice sunt cognoscendae. (C. 3. 8. ord. iudic. L. 1.).

De interdictis.

(*Inst. 4, 15. de interdictis — D. 43, 1. de interdict. sive extraord. act. quae pro his competunt — C. 8, 1. de interdictis*).

151. I. *Interdictum* (*inter duos dicere*) iure classico erat imperium magistratus, quo is occasione alicuius actus iniusti, aliquid praecipiebat vel prohibebat (18). Finis huius instituti erat tuitionem dare certis actibus vitae civilis, quas lex non protegebat. Praetor enim antiquiori tempore valde erat difficilis in concedendis actionibus extra ius civile; quare potius recursum habebat ad suum *imperium*, ex qua imperii potestate edebat decreta, quod si decretum non fuisset servatum, tunc potius dabat actionem ex violatione *imperii* magistratus. Quare procedura per interdictum hoc evolvebatur ordine: qui versabatur in casu in edicto praeviso pro obtentione interdicti, illud a magistratu petebat. Magistratus imperium contra adversarium interponebat; si imperio magistratus paritum fuisset, praeventus erat processus et res erat amice finita et composita

(16) *Inst. h. t. § 13.*; *D. 25, 3. de agnosc. et al. lib. L. 5. § 18.*

(17) *Inst. h. t. § 13.*

(18) *Inst. h. t. § 1.*; *Arg. D. 43, 20. de aqua quotid. et aest. L. 1. § 29.*

(*Gaius* IV. 139.). Si paritum non fuisset, qui obtinuerat interdictum magistratum adibat, a quo obtinebat actionem ordinariam praesertim actionem *in factum* (*Gaius* IV. 142.).

Quare interdictum erat medium indirectum ac veluti circuitus quidam ad persequendum in iudicio proprium ius; non agebatur directe contra adversarium, sed praerequisitebatur decretum magistratus atque huius decreti violatio. Hac de causa circa tempus Diocletiani interdicta in desuetudinem abierunt; nam ab eo tempore coepit directe per viam actionis impeti adversarius (Inst. h. t. § 8.), et licet retentum fuerit nomen interdicti reapse nihil differebat a vera actione (Cfr. Rubric. D. h. t.).

II. Interdicta alia sunt imperativa (*decreta*), quibus certi actus praescribuntur. Quodsi praetor per interdictum aliquid restitui iubet habetur interdictum *restitutorium* v. g. interdictum *unde vi*, quo praetor ei, qui per vim possessione deiectus est, restitui possessionem iubet. *Exhibitorium* est, si praetor aliquid exhiberi vel publice produci et conspiciendum dari iubet, v. gr. si quis testamentum occultat, praetor dabit interdictum *de tabulis exhibendis*; si quis liberos alienos clam patre habet, huic dabit interdictum *de liberis exhibendis*. *Prohibitoria* sunt interdicta quibus praetor aliquid fieri vetabat; talia sunt interdicta: *ne quid in loco sacro fiat, ne quid in loco vel itinere publico fiat*.

Alia sunt interdicta *simplicia*, alia *duplicia*. Simplicia sunt, ubi unus est actor, alter reus v. gr. in interdicto *unde vi*, semper qui vi deiectus est actoris, is qui deiecit, rei vice fungitur. Talia pariter sunt omnia restitutoria et exhibitoria. *Duplicia* sunt in quibus uterque et actoris et rei partibus fungi posset; talia sunt interd. uti possidetis et utrubi, quia enim dubia est possessio, uterque ad iudicium provocare posset. Hanc ipsam appellationem *duplicis* habent tres actiones, *finium regundorum*, *familiae erciscundae*, *communi dividundo*, in quibus utraque pars et actoris et rei partes sustinet.

152. Quamquam interdicta dantur de obiectis maxime diversis, praecipua tamen sunt interdicta *possessoria* (19). Sunt

(19) D. h. t. L. 2. § 1.; L. 2. § 3.

autem interdicta *adipiscendae, retinendae et recuperandae* possessionis.

a) *Adipiscendae possessionis* tria potissimum notanda sunt interdicta, quorum duo priora a verbis initialibus *edicti*, postremum a praetore, eius auctore, nomen invenit.

Primum est interdictum *Quorum bonorum*, quod datur ei, cui praetor bonorum possessionem dedit, seu haeredi praetorio contra eum, qui haereditatem pro haerede vel pro possessore possidet, ad consequendam haereditatis possessionem. Pro haerede autem possidere dicitur qui putat se haeredem; pro possessore is possidet, qui nullo iure rem haereditariam, vel etiam totam haereditatem, sciens ad se non pertinere possidet. (Inst. h. t. § 3.). Simile est *haereditatis petitioni*, sed non idem cum illa. Nam haereditatis petitio est petitorium iudicium; hoc interdictum possessorium. Illa *ius* haereditarium prosequimur; hoc *possessionem*. Illa res corporales et incorporales; hoc solas corporales persequimur. — Affine quoque huic interdicto est *remedium ex L. ult. C. 6. 33. de edicto D. Hadriani tollendo*; sed tamen ab hoc differt. Illo enim haereditatis possessionem consequitur, cui praetor dedit bonorum possessionem; hoc remedio haereditatem adipiscitur haeres testamento scriptus, si producat tabulas nullo vitio visibili laborantes.

Alterum est interdictum *Quod legatorum*. Legatarius quidem dominus est *speciei* sibi legatae statim a morte testatoris (20). Sed non ideo statim est possessor. Imo possessionem sui legati ne potest quidem propria auctoritate apprehendere, sed eam accipere ab haerede, ne sc. huic adimatur facultas quartam Falcidiam detrahendi (21). Quodsi itaque legatarius nihilominus possessionem rei legatae invaserit, haeres primum satisfacat de legatis in posterum praestandis, ac deinde interdicto *quod legatorum* utitur adversus legatarium ad consequendam eius possessionem tamdiu, donec quartam Falcidiam detraxerit.

(20) L. 80. D. de legat. (31.) 2; L. 64. D. de furt. 47, 2.

(21) L. 1. § 2. D. quod legat. (43, 3.); L. un. C. eod. 8, 3.

Tertium est interdictum *Salvianum*, quod datur locatori fundi seu praedii rustici contra colonum, ad consequendam rerum oppignoratarum possessionem (§ 3. Inst. h. t.). Ergo interdictum hoc speciale est, et ad solum locatorem praedii rustici pertinet. Sed per interpretationem prolatum est ad omnes creditores, quibus pignus constitutum.

b) *Retinendae possessionis* duo sunt interdicta *uti possidetis* et *utrubi*. Utrumque datur ei, qui rem tempore litis contestationis nec vi, nec clam, nec precario possidet (haec enim sunt tria vitia possessionis) contra turbantem, eum in finem ut is a turbatione desistat, cautionem de non amplius turbando praestet et actori simul praestet quod interest. Hoc uno differunt, quod primum datur de re immobili, alterum de re mobili (22).

c) Interdictum *recuperandae possessionis* unum est, puta *unde vi*, (23) quod datur vi de possessione deiecto aut etiam eius haeredi adversus deiicientem ad restituendam possessionem cum fructibus et omni damno (§ 6. Inst. h. t.). — Ius canonicum dum invexit *actionem* spoli, concessit in hac parte remedium multo pinguius interdicto *unde vi*: nam interdictum communiter dicitur dari solum de re immobili (24), actio spoli canonica valebat de mobili et immobili, imo et de iuribus; interdictum erat personale contra deiicientem per se vel per alium et contra illius haeredem (25), actio spoli erat realis et adversus quemcumque possessorem competeabat, quare iure canonico *pro casu* induebat quasi naturam iuris in re. (Cfr. can. *Redintegranda* 3. caus. 3. qu. 1. et cap. 18. X. de restit. spoliat.).

(22) L. 1. § 8. 9. D. uti poss.; L. un. § 1. D. utrubi § 4.; Inst. h. t.

(23) D. 43, 16. de vi et vi armata; C. 8, 4. unde vi; 8, 5. si per vim.

(24) L. 1. § 3-6. D. eod.; Inst. 4, 5. de interd.

(25) L. 1. § 3. 13. 31. 39. 42. D. eod.; L. 6. 9. § 1. L. 10. 15. 16. eod.; L. 9. C. h. t. 8, 4.

De restitutione in integrum.

(D. 4, 1. de in integr. restitut.)

153. I. In sensu proprio *in integrum restitutio* est medium iuris praetoriani quo petitur rescissio actus aequitati contrarii (26). Habet originem praetorianam; sed in iure classico distinguebatur ab actionibus praetorianis ordinariis per interventionem directam magistratus et fundamentum habebat *imperium* (27); sed tempore imperii byzantini conversa est in simplicem actionem praetorianam (Arg. C. 2, 47. *ubi et ap. quem agit. sit.*).

II. Tres sunt conditiones restitutionis in integrum: .

a) qui eam implorat debuit subire *grave* nocumentum, cum sit remedium extraordinarium et de minimis non curat praetor (D. h. t. L. 4.).

b) nocumentum ortum ducere non debuit ex casu fortuito, quem quisque ferre tenetur (28); a fortiori nequit postulari restitutio in integrum cum nocumentum ex propria culpa provenit (29).

Causae restitutionis in integrum sunt: minor aetas, dolus, violentia, iustus error et excusabilis omissio (30). Antiquitus sexta aderat causa in favorem creditoris alicuius personae sui iuris, quae se in alterius potestatem dedisset (*Gaius* III. 84. inf.); sed post Iustinianum evanuit, quia debita *capite deminuti* pleno iure subsistunt (Inst. I. 3, 10. de acqu. per adrog. § 3.). Inter illas enumeratas causas, *minor aetas*, *violentia*, *omissio excusabilis* sunt generales, quae in omni casu invocari possunt (31). *Error iustus* et *dolus* solum invocari possunt in determinatis casibus (32).

(26) Cfr. D. 3, 1. de postul. L. 1. § 10.

(27) Arg. D. 50, 1. ad munic. L. 26. § 1. iunct. pr.

(28) D. 4, 4. de minor. L. 11. § 4.

(29) D. 4, 6. ex quib. caus. maior. L. 16.

(30) D. h. t. L. 1. 2.

(31) D. 4, 4. de minor. L. 44.; D. 4, 6. ex quib. caus. mai. L. 1. pr. et § 1. i. f.; D. 4, 2. quod metus caus. gest. erit L. 1. init. iunct. L. 9. § 4.

(32) D. 42, 6. de separat. L. 1. § 17. i. f.; Inst. h. t. § 6. Cfr. *Glueck* lib. IV. tit. 1. § 432.; *Arndts-Serafini* vol. I. § 119. sq.

Loquendo in particulari de aetate minori et de omissione excusabili:

1^o Lex *Plaetoria* concesserat minoribus exceptionem, ut se possent subtrahere executioni contractus ab ipsis per dolum extorti. Praetor eos admittebat ad beneficium restitutionis in integrum ex sola conditione minorennitatis independenter a dolo, qui in contractu intercessisset. Quod ius firmavit *Iustinianus*, qui voluit minoribus beneficium restitutionis in integrum competere, etsi nocumentum ex propria culpa experti essent, cum ius ipsorum levitati voluerit succurrere (33). Quod beneficium cessat in minore qui fraude se maiorem dixit vel qui actum sibi damnosum iureiurando firmavit (34).

2^o Omnis ommissio excusabilis dat locum restitutioni in integrum. Quodsi edictum praetorianum, solum determinatos casus commemorat, praesertim vero absentiam causa publicae utilitatis (35); sed in fine adest *clausula generalis*, ubi praetor sibi reservat facultatem in integrum restituendi, etiam extra casus praevisos, ex legitima causa (36); quae dispositio clausulae omnes excusabiles omissiones complectitur (37).

c) Restitutio in integrum est medium seu potius remedium *subsidiarium* et per modum exceptionis concessum, ubi alia remedia non suppetunt (38). Nihilominus concurrit cum actione *quod metus causa* propter characterem poenalem huius actionis (39) et excludit *actionem doli* propterea quod haec secum trahat infamiam (40).

III. *Restitutionis in integrum petitio*. Restitutio in integrum petenda est a magistratu. 1^o In genere non datur nisi contra

(33) C. 2, 22. de in integr. rest. min. L. 5. pr.; C. 2, 35. si advers. del. L. 1.

(34) C. 2, 43. si minor se mai. dix. L. 1. 2.; C. 2, 28. si adv. vendit. L. 1.

(35) D. 4, 6. ex quib. caus. maior. L. 1. pr.

(36) D. eod. L. 1. § 1. i. f., L. 26. § 9. initio.

(37) D. eod. L. 26. § 9. in medio et i. f. L. 28. pr. — D. eod. L. 1. verbis *vel adverso casu laborabat*. — D. 8, 3. de S. P. R. L. 34. § 1., L. 35.

(38) D. 4, 4. de minor. L. 16. pr.

(39) D. 4, 2. *quod metus causa* L. 21. § 6. iunct. L. 14. § 1. init.

(40) D. 4, 3. *de dolo* L. 1. § 6.

partem adversam, seu personam quae directe utilitatem percepit ex actu nocivo, non contra tertium detentorem rei, qua quis per actum privatus est (41). Tribus tantum in casibus habet effectum *in rem*: cum pars adversa solvendo non est: cum tertius rei detentor est in mala fide; cum restitutio in integrum petitur propter violentiam (42).

2^o In edicto praetoris restitutio in integrum erat petenda intra spatium unius anni utilis. Iure novo Iustinianus (43) illam tribuit intra quatuor annos computandos a die quo causa cessavit (v. gr. in minoribus cum aetatem maiorem attigerunt), quo temporis spatio elapso actus nocivus tacite et sponte censetur confirmatus et inde incipit currere tempus praescriptionis.

3^o Hoc remedium habet pro obiecto rescissionem actus nocivi et restitutionem rei in pristinum statum (C. 2, 48. *de reput.* L. un. pr.); quare conventus etiam quidquid lucri ex actu reportavit restituere debet (44). In iure classico magistratus rem non absolvebat plerumque unica instantia. Cum esset quaestio de restituendo iure, magistratus edebat decretum, quo statuebatur ius cum actionibus et exceptionibus, quae ipsi competebant, quibus actor uti in iudicio poterat. Sed in procedura a tempore Diocletiani usitata res absolvebatur unica instantia.

De actionum extinctione.

Breves notiones.

154. I. Causae *generales* ob quas actiones extinguebantur hae fere sunt:

1^o Amissio iuris, quod erat fundamentum actionis, vel cessatio laesionis in qua innitebatur; quo essentiali elemento deficiente, actio quoque extinguere debet.

2^o Praescriptio, de qua in sequenti numero.

(41) Arg. D. 4, 4. de minor. L. 13. § 1. initio.

(42) D. 4, 4. de minor. L. 13. § 1.; D. 4, 2. quod metus causa L. 9. § 4.

(43) C. 2, 53. de tempor. in integr. restit. L. 7.

(44) D. 4, 4. de minor. L. 24. § 4.

3° Transactio.

4° Iudicis sententia.

II. *Causae speciales* erant, mors unius partis et actionum concursus.

a) *Mors unius partis* extinctionem actionis non inducit, cum supervenit *lite iam contestata*; quae litis contestatio inducit quemdam quasi-contractum iudiciarium, qui ad partium haeredes transit (45). Ante litis contestationem illa actionis ad haeredes transmissio adhuc est regula generalis (46), quae tamen plures patitur exceptiones. — Nam 1° actiones, quae tendunt ad reparationem quamdam moralem potius quam pecuniariam (*actiones vindictam spirantes*) ad haeredes non transeunt, sed personales sunt (L. c. Inst. « *excepta iniuriarum actione, et si qua alia similis inveniat* ») — 2° Actiones *poenales* atque adeo mixtae seu simul poenales et persecutoriae non transeunt ad haeredes delinquentis (L. cit. Inst.). Actiones vero infamantes (v. gr. actio *de dolo*) relate ad haeredem illius contra quem instituuntur commutantur in actionem *in factum* ad obtinendam restitutionem lucri seu eius, quo locupletior factus sit (47). — 3° Eadem regula applicatur in actionibus realibus haeredi auctoris laesionis, nisi ille laesionem personaliter continuet, quo in casu ex proprio titulo tenetur (48).

b) *Concursus actionum* non est causa cur actiones extinguantur, si unaquaeque suum proprium ac diversum obiectum habeat (49). Sed si idem habent obiectum, unius exercitium alterius extinctionem secum trahit, cum idem bis repeti non possit (50). Quodsi convenientia in obiecto sit partialis, extinctio restringitur ad partem in qua est convenientia (51).

(45) D. 44, 7. de oblig. et act. L. 58.

(46) D. 29, 2. de acqu. vel omitt. haered. L. 37. « Haeres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sunt, ad haeredem transeant ». Cfr. quoque Inst. 4, 12. de perp. et temp. act. § 1.

(47) D. 4, 3. de dolo L. 28.

(48) D. 6, 1. de rei vind. L. 52.

(49) D. 47, 2. de furt. L. 54. § 3.

(50) D. 50, 17. de R. I. L. 43. § 1. L. 57.; D. 47, 2. de furt. L. 54. § 3.

(51) D. 44, 7. de oblig. et act. L. 34. § 2.

De praescriptione actionum extinctiva.

*Inst. 4, 12. de perpetuis et temporal. action.**D. 44, 3. de div. temp. praescript. et de access. possess.**C. 7, 39. de praescript. 30. vel 40. annor.*

155. I. *Historia.* Antiquo iure romano actiones erant impraescriptibiles et cum cuique commodum erat intentari poterant (*Gaius* IV. 110.). Sed cum magistratus coepit creare novas actiones, generatim ipsas reddebat obnoxias praescriptioni atque unius anni utilis spatio solebat concludere (*Gaius* IV. 110. in f.). — Inde coepitae sunt distingui actiones *perpetuae* et actiones *temporales*, atque praetor praescriptionem etiam ad actiones reales iuris civilis extendit, statuens praescribi spatio 20. vel 30. annorum, prout partes praesentes aut absentes essent, seu in *eadem* vel in *diversis provinciis* domicilium haberent; atque ea est, quae dicitur *praescriptio longi temporis* (C. 7, 33. L. 22. § 1.; *Paulus* V. 2. § 3.). Quae praescriptio longi temporis tandem devenit praescriptio *acquisitiva* (C. h. t. L. 8.). Serius pro iisdem actionibus inducta est praescriptio extinctiva 30. annorum, *praescriptio longissimi temporis* (Arg. C. h. t. L. 3.); donec *Theodosius II* omnes promiscue actiones et reales et personales subiecit 30. annorum praescriptioni (C. h. t. L. 3. pr.). Quo facto illa denominatio *actionis perpetuae* fundamento carere videbatur; de facto tamen reservata est illis actionibus, quae longo spatio 30 annorum praescriberentur.

II. *Conditiones* requisitae ad extinctivam actionis praescriptionem sunt: 1^o Requiritur ut transierint 30. anni a die quo actio erat *nata*; actione nondum nata, praescriptio decurrere non poterat, cum praesumptio negligentiae, quae est fundamentum praescriptionis, locum non habeat. — Attamen *actiones honorariae* fere praescribebantur spatio unius anni utilis, exceptis paucis, quae pariter tricenaria praescriptione extinguiebantur (52).

(52) *Inst. h. t. pr. i. f.*; *D. 44, 7. de O. et A. L. 35. pr.*; *C. 4, 18. de const. pec. L. 2. pr.*

2^o Praescriptio debet esse *continua* aliasque conditiones habere, quas pro legitima aliorum iurium praescriptione ius exigit, et suo loco erunt referendae.

CAPUT XII.

DE IUDICIARIAE POTESTATIS

PRO TUTIONE IURIUM EXERCITIO APUD ROMANUS

Brevis conspectus.

D. 2, 1. de iurisdic. — C. 3, 13. de iurisdic. omn. iudic.

Praenotiones generales (1).

156. I. Iudiciaria potestas non erat penitus separata ab administrativa et legifera potestate: frequenter magistratus iurisdictione praediti, praesertim in provinciis, administrationis quoque munera obibant et ex alia parte praetores per promulgationem edicti de legifera potestate aliqua ratione participabant (*ius honorarium*).

II. Distinguebatur iurisdictio *voluntaria* et *contentiosa*. Prima versatur circa actus, in quibus non intervenit partium contentio (v. gr. intervenus magistratus in certis actibus, qui sine interventu valore iuridico carerent, v. gr. *in iure cessio, adoptio, manumissio per vindictam, emancipatio*); et a magistratu exercebatur ubicumque, *de plano* (2). Altera pro obiecto habebat rem litigiosam, iurisdictio proprie dicta.

III. Distinguebatur etiam *iurisdictione* et *imperium*. Quae divisio satis frequenter ponitur trimembris: *potestas, imperium, iurisdictione*; sed in distinguendis iuribus, quae sub illo triplici vocabulo comprehenduntur et diversis magistratibus romanis competebant, iam veteres interpretes non conveniebant et

(1) *Gugino*, Procedura civile romana p. 7. sq.; *Keller* (versio gallica a *Capmas*, De la procédure civile et des actions chez les romains, p. 1. sq.; *Glueck* libr. II. tit. 1.; *Ronga* III. p. 243. sq.

(2) In fontibus dicitur etiam *legis actio* (*Paulus* II, 25. 4.).

multo magis dissentiunt recentiores: quare videtur necessarium proponere notiones, quae saltem in uno ex tam diversis sentiendi modis reperiantur.

Potestas duplicem habet sensum, latum et strictum. Lato sensu comprehendit etiam imperium et iurisdictionem: stricto sensu distinguitur ab imperio et iurisdictione, quatenus significat facultatem, quae non postulat, ut existat, neque imperium neque iurisdictionem (3).

Imperium est illa potestas, quae competit magistratibus superioribus (4) et multipliciter distingui potest:

a) Imperium lato sensu et stricto sensu. Lato sensu comprehendebat potestatem civilem et militarem; stricto sensu solam potestatem militarem comprehendebat (fere est illa divisio *imperium domi, imperium militiae*).

b) imperium *merum* et *mixtum*, quae distinguuntur, aut ratione minoris vel maioris latitudinis potestatis criminalis (5), aut ratione iurisdictionis, quam habeat vel non habeat conexam (6).

c) imperium *maius* aut *minus*; in primo adest plenitudo potestatis, quae in altero non est plena. Iam vero illa plenitudo comprehendebat: ius sumendi auspicia; ius exercitum ducendi; ius dicendi inter privatos; ius dicendi inter populum et privatum (7); ius coercendi; ius edicendi; ius concionem habendi, cum populo agendi (8); ius agendi cum patribus, ius referendi (9); iura quaedam ad religionem pertinentia.

Iurisdictio (dicere ius) alia est lato sensu, alia stricto: prior

(3) « *Potestatis* verbo plura significantur: in persona magistratuum imperium; in persona liberorum patria potestas: in persona servi dominium.... » *Paulus* in D. 5, 16. de Verb. signif. L. 215.

(4) Tales erant: consul, dictator, decemviri, tribuni militum consulari potestate, praetor. De quaestore disputatur an maior esset vel minor.

(5) D. 1, 16. de offic. proc. aut legati L. 11.; D. 1, 21. de offic. eius, cui mandat. L. 1. § 1.; D. 2, 4. de in ius. voc. L. 2.

(6) D. 2, 1. L. 3. de iurisd.

(7) Quae est illa iurisdictio, quae hodie dicitur *administrativa*.

(8) Sc. convocare comitia, iisque praeesse.

(9) Sc. convocare senatum, eique praeesse, propositiones facere in Senatu.

comprehendit sive rem contentiosam sive gratiosam; posterior se refert solummodo ad contentiosam. — Ergo iurisdictio in stricto sensu consistit in potestate iudicandi vel iudicari faciendi controversias inter privatos (10). — Iurisdictio vero voluntaria non controversiam sed potius partium consensum praesupponit v. gr. quae exercetur in manumissione, adoptione, cessione in iure. *Gaius* I. 17. 134. II. 21. sq.

Iurisdictio poterat delegari; et haec delegatio, saltem in plurimorum sententia, iam possibilis erat aetate regia. Hinc *iurisdictio mandata*: quae tamen suas limitationes habebat (D. 1, 21.), sive ratione materiae (11), sive ratione subiecti iurisdictionis (quia delegatus non poterat subdelegare (D. 1, 21. L. 3. pr.). Delegatus in omnibus suae delegationis limitibus repraesentabat delegantem (12). Cessabat delegatio per mortem aut per cessationem potestatis in delegante; poterat quoque revocari (13).

Ceterum magistratibus plures aliae facultates extraordinariae concedebantur legibus specialibus vel senatusconsultis vel Constit. imperialibus, quae neque a iurisdictione neque ab imperio descendebant. Talis erat tutoris datio, potestas approbandi alienationem immobilis pertinentis ad pupillum aut transactionem circa alimenta etc. Hae adhaerebant personae et delegari non poterant.

§ 1. NOTIONES HISTORICAE.

I. Principia fundamentalia antiqui ordinis iudiciarii.

157. Usque ad Servium Tullium diremptio controversiarum per iudicium et sententiam spectavit ad reges, qui tamen poterant iudicium alteri demandare. Post Servium Tullium, qui

(10) *Paulus* II. 23, 4.; D. 1, 16. L. 2. pr. L. 3.; D. 1, 7. de adopt. L. 4.; D. 1, 20. de offic. iurid. L. 1.

(11) Delegatio esse poterat in iis, quae erant iurisdictionis et imperii mixti, non vero in iis quae erant imperii meri, neque in potestatibus extraordinariis. D. 1, 21. L. 1. pr. et § 1., L. 2. § 2., L. 3. § 1.

(12) D. 1, 21. L. 1. § 1. L. 3.; D. 2, 1. de iurisd. L. 16.; D. 49, 3 quis a quo appelletur L. 1. § 1.

(13) D. 1, 16. de offic. procons. L. 6. § 1.; D. 2, 1. de iurisd. L. 6.

tribunalium centumvirorum et decemvirorum extitit auctor, ad huiusmodi tribunalia controversiae de iuribus realibus fuerunt deferenda. — Ad consules iudiciaria regum potestas delata est. — Mox tamen apparent iudices privati pro actionibus personalibus atque divisio processus in duas veluti instantias, pro duplici functione iudiciali.

Alterum principium fundamentale antiqui processus erat iudicii seu sententiae irrevocabilitas.

II. Divisio processus in duplicem partem.

158. Hic fuit character valde peculiaris processus romani ab antiquis temporibus usque ad Diocletianum, divisio functionum iudicialium inter *magistratum* et *iudicem* et consequenter processus in duas partes apud magistratum, *procedura in iure (ius)*; apud iudicem, *procedura in iudicio (iudicium)*.

Magistratus *ius dicit* seu antecederet determinat iuridicas consequentias facti allegati; iudex *iudicat* seu de factis allegatis cognoscit, applicat factis principia iuridica a magistratu proposita, finem liti imponit pronuntiata sententia. Pariter magistratus causam instruit definiendo litis punctum ac terminos controversiae (definit obiectum litis) simul etiam dictat sententiam forte pronuntiandam, sc. quanam ea sit (*ius dicit*). Iudex controversiam resolvit seu decedit.

Officium iudicis pertinuit primo ad tribunal permanens (*decemviri* et *centumviri*), aut ad collegium iudicum privatorum, aut ad specialem iudicem in singulis casibus a magistratu ius dicente nominatum seu *datum*. Erant illi iudices personae privatae (14) ex ordine senatorio, qui *ex albo iudicum* selectorum ab ipsis litigantibus deligebantur (15), qui cum in electione concordesset non essent, sorte designabantur (16).

(14) Hinc illius proceduræ divisæ in duplex stadium ordinatio dicta est *ordo iudiciorum privatorum*, qui iudices ceteroquin cognoscebant de controversiis iuris privati.

(15) « Neminem voluerunt maiores nostri, non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset ». *Cicero* pro Cluentio, c. 43.

(16) Cum quaestio esset de re ordinem publicum concernente, in qua plerumque magistratus magis *imperii* quam *iurisdictionis* potestate ute-

Processus in duplex stadium divisus (*iūs, iudicium*) dicebatur *ordo iudiciorum privatorum* per oppositionem ad ordinem *publicorum iudiciorum*. Porro iudicium erat *publicum* vel *privatum* pro diversitate obiecti, non necessario pro diversitate characteris in iudice.

Distinctio processus in duplicem partem (procedura *in iure, in iudicio*) erat regula generalis. Dabantur nihilominus excepti casus, in quibus magistratus loco dandi iudicem ipse per se cognoscebat et decidebat *extra ordinem*; inde nomen *iudicium extraordinarium, extraordinaria cognitio*. Diocletiani temporibus disparuit ordo iudiciorum privatorum atque omnia iudicia, sensu explicato, facta sunt extraordinaria.

III. Romani Magistratus.

159. Regum tempore iustitiae administratio penes ipsos reges videtur fuisse (D. 1, 2. de orig. iur. L. 2. § 14). Regibus exactis, ad consules saltem pro Urbe primum devoluta est (l. c. § 16.). Post exortam Praeturam ex lege Licinia a. 367. a. Chr. n., administratio iustitiae civilis a consulatu separata est, eaque commissa est praetori atque aedilibus curulibus eodem anno creatis. Praetor obtinuit iurisdictionem generalem (h. t. D. L. 2. § 27.). Aediles, qui aedium publicarum, horreorum et mercatum seu negotiorum omnium curam habuerunt, quae ad fora spectabant, in his quoque rebus, praesertim quoad venditionem belluarum et servorum, potestatem ius dicendi seu iurisdictionem contentiosam videntur habuisse. — Qui magistratus cum insufficientes essent (a. ant. Chr. 246.) alter praetor institutus est; atque inde ex duobus praetoribus, unus obtinuit iurisdictionem in cives romanos (*praetor urbanus*), alter in peregrinos atque etiam in res, quae verterentur inter cives et peregrinos (*praetor peregrinus*). — In civitatibus Italiae iurdictio pertinebat ad primum magistratum (*praefectus*), vel ad proprios magistratus

batur, illi iudices plerumque agebant ut iudices *recuperatores*. In iudiciis bonae fidei atque in iis, quae requirebant speciales technicas cognitiones, iudex vocabatur *arbiter*.

inferiores per analogiam cum praetoribus et aedilibus Urbis creatos (*duumviri* vel *quatuor viri*). — In provinciis populi romani, earum praesides et quaestores locum tenebant magistratum Urbis (*Gaius* I. 6.).

Sub imperio praetor urbanus et praetor peregrinus et aediles curules ex iure et in genere adhuc retinebant suam iurisdictionem. Sed illa praetorum iurdictio iam inde passa est diminutionem, quod in partes est distributa, eo quod plures alii praetores introducti sunt, et ita potestas praetoria resedit tum in praetoribus *aerarii* (ab Augusto creatis), tum in *fideicommissariis* (a Claudio creatis), tum in *tutelari*, tum in eo qui dicebatur *de liberalibus causis* (17); praeterea aderat praetor qui praeerat litibus inter fiscum et privatum (a Nerva creatus) et *hastarius* sive ad hastas. Praeterea magna pars ipsis sublata fuit iurisdictionis civilis, quae in officiales imperii noviter introductos, praesertim in *praefectum urbi* et *praefectum praetorio*, fuit translata.

IV. Romani iudices.

160. I. Primis Romae temporibus iudices fuerunt delecti ex senatoribus. Sane, ut supra dictum est, Servius Tullius instituit duplex tribunal permanens: *centumviri* et *decemviri*. Initio reipublicae *decemviri* solum cognoscebant de quaestionibus Status, *centumviri* de aliis actionibus realibus. Tempore Augusti in unicum tribunal coaluerunt.

Praeter iudices senatores, paulo post apparent iudices *privati*, qui iam *iudicium* habent tempore *legis actionum*. Tertio ant. Chr. saeculo ad finem vergente nominatio iudicis privati erat absolute praescripta in contestationibus inter peregrinos vel inter peregrinos et cives. Tempore Ciceronis etiam generatim iudices privati decidebant controversias inter *cives*; quo tempore centumviri solum conservabant competentiam in petitionibus haereditatis contra testamentum factis. Hoc tribunal penitus disparuit sub Imperatoribus bizantinis.

(17) Qui praetor videtur introductus, cum decemviri litibus iudicandis suam iam amiserant potestatem.

II. Porro *iudices privati* vel erant *iudices* stricte dicti, vel *arbitri*, vel *recuperatores*. *Iudices* in actionibus personalibus stricti iuris adhibebantur; *arbitri* in actionibus personalibus bonae fidei et in actionibus realibus; *recuperatores* in actionibus ipsam personalitatem spectantibus et in contestationibus inter peregrinos.

Iudex ex mutuo partium consensu apud magistratum deligebatur (*sumere iudicem*); quodsi partes inter se non convenirent, actor reo plura successive nomina proponebat donec in uno convenirent (*iudicem ferre adversario*); si reus iure recusationis abuteretur, iudicem dabat magistratus, qui reum tractabat, tamquam eum, *qui recte et ut oportet non se defenderet*.

Munus iudicis erat munus publicum ex obligatione suscipiendum, nisi causa legitima excusaret; ante illius exercitium erat a iudice praestandum iuramentum; eius potestas prolata sententia cessabat et executio sententiae ad magistratum pertinebat, qui iudicem dederat.

V. Procedura in iure.

161. Procedura *in iure* pro obiecto habebat ordinationem iudicii seu eius praeparationem, relictis rei examine et decisione iudici, cuius erat propria procedura *in iudicio* seu verum de re controversa iudicium. Partes personaliter apud magistratum *ius dicentem* comparebant suamque quaestionem exponebant et ad actorem pertinebat trahere adversarium ad iudicem (*in ius vocare*), qui erat actus privatus, quo actor adversario intimabat ut se ad magistratum sequeretur, et in casu resistentiae vim adhibere poterat (*manus iniectio*) (18). Apud magistratum actor suam petitionem proponebat (*edere actionem*). Conventus poterat dilationem petere ad respondendum, quae concedebatur interposita promissione firmata per *vadem* praefixo die comparendi, quae promissio dicta est *vadimonium* (*Gaius* IV. 183-187.) (19).

(18) Serius praetor *manus iniectio*ni substituit multam pecuniariam.

(19) *In ius vocatio* paulatim mutata est in *denuntiationem litis* seu formalem notificationem petitionis ab actore factam reo in praesentia testium.

VI. Introductio proceduræ per unicam instantiam sive stadium.

(D. 50, 13. de *extraord. cognition.*).

162. Iam tempore reipublicæ, multo vero magis sub imperio, plura negotia magistratus sine remissione ad iudicem per seipsum expediebat: restitutiones in integrum, petitiones alimmentorū inter parentes et liberos, querelas servorum contra ipsorum dominos, persecutiones fideicommissi, quaestiones de mercede debita exercentibus artem liberalem. Cum hae causae concernerent res iure civili non constitutas, non poterant remitti ad iudicem cuius erat rigorosa legis applicatio; inde illas decidebat magistratus ex suo *imperio*. Causae ita decisae *extra ordinem iudiciorum privatorum* dictae sunt *cognitiones extraordinariae*.

Independentē ab istis causis, Imperatores sibi tribuerunt ius alias quoque causas cognoscendi cum id opportunum iudicassent; quorum exemplum secuti sunt magistratus (Cfr. L. 8. D. 1, 18. de offic. praes.). Diocletianus vero illam practicam tendentiam erexit in ius (C. 3, 3. de pedan. iudic. L. 2.). Quodsi adhuc retinuit magistratus ius nominandi iudicem (L. 2. cit.), talis iudex est iudex *delegatus*, qui plenam causae cognitionem sicut ipse magistratus habeat.

VII. Inductio verarum instantiarum seu graduum iurisdictionis.

163. Ipsa quoque *appellatio* ab Imperatoribus ortum habet. Iam quidem aderat ius *intercessionis*, quo tribuni plebis executionem sententiae condemnatoriae impedire poterant, sed reformare sententiam absolutoriam non poterant. Cum Imperatores sibi vindicasset, ex potestate tribunitia sibi competente, ius reformandi sententias, *appellatio* quoad substantiam introducta manebat. Praeterea princeps suam iurisdictionem in gradu appellationis pro Urbe delegavit Praefecto Urbis, pro provinciis viris consularibus Romae degentibus (20), reservata tamen sibi facultate in ultima instantia de eadem

(20) D. 4, 4. de minor. L. 38.

causa post delegatos cognoscendi. Praeterea tempore Marci Aurelii magistratus, qui modum processus habendi statuerat (*ius dixerat*), sibi iam arrogaverat ius recipiendi appellationem a sententia iudicis *dati* (21). Pariter in civitatibus Italiae et in provinciis, caput districtus Italici et gubernator provinciae receperunt appellationes a sententiis per magistratus municipales latis (22).

VIII. Mutationes sub Imperatoribus graecis.

164. Praefectus Urbis obtinuit potestatem iudiciariam antiquitus praetori et aedilibus curulibus competentem (23). In provinciis praefectus praetorii locum obtinet supra ipsos gubernatores. In civitatibus carentibus magistratibus municipalibus, apparent *defensores* et iudices pedanei (24).

§ 2. IUS IUSTINANEUM.

165. *Hierarchia* iudicum ita ordinata fuit Iustinaneo iure:

1° *Ordinarii iudices* in prima instantia in duplici Urbe principe et circa Urbem spatio 30. leucarum, sunt *praefecti Urbis*; in provinciis, *gubernatores* (25). Romae Praefectum Urbis supplet Urbis *vicarius*; restrictam competentiam habent *praefectus annonae* et *praefectus vigilum*. — In provinciis penes gubernatorem adsunt magistratus municipales et *defensores* cum *iurisdictione* inferiore in controversiis usque ad 300 solidos, sed *sine imperio*; ab eorum sententiis datur appellatio ad gubernatorem. — Cum plures magistratus essent impediti ab exercenda iurisdictione, saepe sibi substituebant iudices pedaneos.

2° Imperatori assistit *consistorium principis*, a quo iudicatur in gradu appellationis de causis decisis a praefecto

(21) D. 49, 3. quis a quo appell. L. 3.

(22) D. 49, 1. de appell. L. 21. pr.

(23) C. 1, 28. de off. praef. urbi L. 4.

(24) Nov. 15. cap. 3.; C. 3, 3. de pedaneis iudic.

(25) C. 1, 28. de off. praef. urbi, L. 4. iunct. D. 1, 12. eod. L. 1.

§ 4.; D. 1, 18. de off. praes. L. 10. 11.

urbis; quodsi lis superet 20. libras auri, princeps nominat iudicem delegatum, qui de lite cognoscat (26). — In provinciis supra gubernatorem adest *praefectus praetorii* respectivae provinciae; in eius defectu *vicarius dioecesis* in qua reperitur provincia. Ab iis vicariis adhuc appellari potest apud praefectum praetorio Orientis et quaestorem palatii; sed sententiae praefecti praetorii per appellationem impugnari non possunt (27).

3^o Distinguuntur: iudices *minores vel clarissimi, medii vel spectabiles, maiores vel illustres*. Inter primos recensentur gubernatores provinciae, magistratus municipales, defensores civitatum et iudices pedanei. In altera classe ponuntur: vicarii dioecesani, vicarius Urbis Romae cum praefecto annonae et praefecto vigilum. Tertiae classi accensentur: imperator, praefecti duplicis urbis principis, praefectus praetorii et quaestor palatii. — *Minores* sunt *ordinarii*; *medii* et *maiores* sunt iudices *sacri*, quia vice imperatoris administrant iustitiam (*vice sacra*).

4^o *Iudices pedanei* (C. 3, 3.) vice magistratus cum eadem auctoritate iudicant, eorumque sententia censetur sententia magistratus, nec ab ea ad magistratum sed ad iudicem superiorem appellatur (28). — Sicut ante Diocletianum partes liberae sunt, ut quem velint iudicem adeant; quodsi inter ipsas non conveniat, magistratus iudicem proponit, salvo partibus iure recusandi suspectum (29). — Officium iudicis pedanei publicum munus est, quod recusari non potest nisi ex causa legitima (30). Antequam munus obeat, debet emittere iuramentum (31). Executio sententiae, non ad ipsum, sed ad magistratum delegatum pertinet (32).

(26) C. 7, 62. de appell. L. 37.

(27) C. 7, 62. de appell. L. 32, in medio.; Arg. C. 1, 38. de off. vic. L. 1.

(28) D. 49, 3. quis a quo appell. L. 1. § 1.

(29) D. 5, 1. de iudic. L. 80.; C. 3, 1. eod. L. 16.

(30) D. 5, 1. eod. L. 78.; D. 50, 5. de vacat. et excus. num. L. 13. § 2.

(31) Nov. 8. i. f.; Authent. ad C. 3, 1. de iudic. L. 14. pr.

(32) D. 42, 1. de re iudic. L. 15. pr.

CAPUT XIII.

DE IUDICUM COMPETENTIA

D. 5, 1. de iudiciis et ubi quisque agere vel conveniri debeat.

C. 3, 3. de iurisd. o. iudic. et de foro comp.

166. I. *Historia.* Tribunal sub respectu competentiae dicitur *forum*. Antiquo iure romano actor convenire adversarium debuit in huius domicilio vel civitate (1). Sed iam tempore reipublicae potuit reus conveniri ubi ius laeserat, quod primum fuit sancitum pro actionibus personalibus ex contractu vel quasi-contractu ortis (2), dein sub imperatoribus graecis extensum est ad actiones personales ortas ex delicto (3) et ad actiones reales (4). Quod in generale principium erexit *Iustinianus* Nov. 69. c. 1. pr.

167. II. *Ius iustinianum.* a) *Principia generalia.* In genere reus potuit conveniri in suo domicilio, in sua civitate, ubi laesit ius actoris (*forum domicilii, originis, laesionis*). Ad duo priora se refert regula « *actor sequitur forum rei* » ; si reus domicilio careat, locus residentiae pro domicilio habetur.

Si agitur de iure *reali*, locus laesionis est ille ubi res est (*forum rei sitae*). In materia *obligationum*, quae ex contractu oriuntur, si partes locum solutionis constituerunt, ibi intentari actio potest, retenta tamen ab actore facultate reum conveniendi in loco domicilii vel originis, qua facultate si uti velit in actionibus stricti iuris, ipsi actio ordinaria non prodest, cui substituitur actio *de eo, quod certo loco* (5). In

(1) D. 50, 1. ad munic. L. 29.

(2) D. h. t. L. 19. § 1.; D. 42, 5. de R. A. 1. P. L. 1. 2. 3.

(3) C. 3, 16. ubi de poss. agi oportet. L. un.

(4) C. 3, 19. ubi in rem actio exerceri debet L. 3. « Actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur; sed in locis, in quibus res propter quas contenditur constitutae sunt, iubemus in rem actionem adversus possidentem moveri ». Gratianus, Valent. Theod.

(5) D. h. t. L. 19. § 4.; D. 13, 4. de eo, quod certo loco dari oport. L. 1.

defectu conventionis reus conveniri potest in loco contractus (*forum contractus*) (D. h. t. L. 19. § 2.).

b) *Regulae speciales*. Praeter iuris communis iurisdictionem, adsunt iurisdictiones speciales: 1° *Forum tutelae*: tutores et curatores nominari et eorum actus rati haberi possunt a iudice loci, ubi sita sunt bona incapacis (C. 5, 77. *de praed. min.* L. 7.).

2° *Forum haereditatis*: creditores alicuius successionis haerodem convenire possunt apud iudicem, apud quem auctorem persequi poterant, cum haeres succedat in omnes obligationes defuncti (D. h. t. L. 19. pr.). Legatarius, ibi legatum reclamare potest, ubi maior pars sita est bonorum (D. h. t. L. 50. pr.).

3° *Forum connexitatis*: cum duae actiones sunt ita connexae, ut eorum separatio noceret, iudex causae principalis et accessoriam potest cognoscere. Inde est, quod actiones *praeiudiciales* sint deferendae ad iudicem actionis principalis et quod iudex in *petitorio* de *possessione* quoque iudicet (6).

4° *Forum reconventionis*: reconventio contra actorem potest cognosci ab eodem iudice, quae in actionem erat competens, nisi *ratione materiae* actionis reconventionalis *absoluta* laboret *incompetentia* (7).

c) *De iudicis incompetentia*. Incompetentia potest esse *absoluta*, quando *ratione materiae* iudex caret competentia: atque haec est ordinis publici, semper opponi potest et si a reo non opponatur, iudex ex officio supplere debet et abstinere, secus omnis processus est ipso iure nullus (8). — Incompetentia *relativa*, quae habetur in re iurisdictioni iudicis subiecta, aut *ratione summae* aut *ratione loci*, quae in favorem partium est statuta, si partes silent nec opponunt incompetentiam, illa suppletur et efficitur forum *pactitium* seu *pro-rogatum* (D. h. t. L. 1.; C. 8, 36. *de except. s. praescri.* L. 13.).

(6) C. 3, 1. de iudic. L. 10.; C. 3, 8. de ord. iudic. L. 1.; C. 3, 32. de rei vind. L. 13.

(7) C. 7, 45. de sent. L. 14.; Arg. C. h. t. L. 3.

(8) C. 7, 48. si a non compet. iudic. L. 1. 2.; C. 2, 11. ut quae desunt advoc. part. iudex suppleat. L. un.

CAPUT XIV.

DE ROMANA PROCEDURA

168. Ante Diocletianum in usu fuit forma processus duplex: procedura per *legis actiones* et procedura per *formulas*, quae priori substituta est circa a. 200. a. Chr. (*Gaius* IV. 11. sq. IV. 30.).

§ 1. DE PROCEDURA PER « LEGIS ACTIONES ».

169. Erat ratio sollemnis procedendi coram magistratu (*in iure*), adhibitis verbis solemnibus additisque actibus symbolicis sub poena nullitatis. Quae veluti rituales formulae erant compositae fere ex ipsis legis verbis, et inde *legis actiones*. Praeparato negotio coram magistratu (*ius dicente*), partes coram iudice (*in iudicio*), quae apud magistratum peracta essent proponebant (*causae coniectio, vel collectio*); inde iudex intelligebat obiectum seu punctum controversiae et habebatur nexus inter proceduram *in iure* et proceduram *in iudicio*, quae inde sequebatur (1).

Legis actionum diversae species. Quinque erant species, quarum tres tantum respiciebant ipsam causae cognitionem sc. *legis actio sacramento, iudicis arbitrive postulatio, condictio*; reliquae duae respiciebant executionem sc. *manus iniectio, pignoris capio* (2).

170. *Legis actio sacramento*. *Sacramentum* dicebatur quantitas pecuniae (3), quam litigantes deponebant in manus Pontificis

(1) Keller 1. c. § 13.

(2) Originarie omnis actionis persecutio fiebat per *sacramentum* (*Gaius* IV. 13.). In cuius locum postea successit *iudicis postulatio* et deinde *condictio* pro plerisque actionibus personalibus. Iudicis postulatio fuit applicata actionibus personalibus bonae fidei; condictio praecipuis actionibus personalibus stricti iuris sc. *condictionibus certi*; tempus introductionis quoad primam non est cognitum, altera fuit inducta per legem *Siliam* (a. 244. a. Chr.) et per legem *Calpurniam* (a. 234. a. Chr.).

(3) Sc. asses 500 (circiter 50. fr.). Cfr. *Gaium* IV. 15.

(*in sacro deponabant*), ita ut pecunia victi cederet in publicum thesaurum. — Postea pecuniae successit simplex promissio apud magistratum firmata per testes seu fideiussores (*praedes*). — Habebat ergo characterem alicuius quasi *sponsionis*, qua partes sese invicem lacescebant atque per verba solemnia et sacramentalia sese obligabant ad perdendam in favorem aerarii publici pecuniam depositam seu promissam, nisi a se asserta vera reperirentur. In hunc finem apud magistratum clare, praecise et solemniter sua iura deducebant et sese mutuo provocabant ad sacramentum (*provocatio sacramento*) sc. ad deponendam seu promittendam pecuniam (4). — Inde partes sese obligabant ad comparendum trigesimo die coram magistratu *ad iudicem capiendum*, qui decidere debebat, uter depositum iustum fecisset et causam vinceret (*utrius sacramentum iustum utrius iniustum sit*). Quo iudice accepto (5), se obligabant ad comparendum coram ipso tertio die (*compendinum diem denuntiabant*). — Hic finis primi stadii proceduræ apud magistratum (*in iure*), et exordium capiebat procedura apud iudicem (*in iudicio*) brevi expositione eorum quæ apud magistratum gesta fuissent (*brevis causae coniectio*); inde disputationes seu contentio partium, post quam sequebatur sententia, qua decidebatur quis sponsionem vicerat (*sacramentum iustum*) et consequenter indirecte et implicite existentia vel inexistencia iuris actoris. Ad obtinendam condemnationem victi (*iudicatus*) ulterior processus requirebatur.

In quaestionibus de iure proprietatis a magistratu (*in iure*) decidebatur, quis durante iudicio deberet retinere possessio-

(4) V. gr. Aulus Agerius praetendit sibi decem millia deberi a Numerio Negidio, quod hic negat. Prior ita alterum provocat = **Aio te mihi decem millia aeris dare oportere**. Si alter respondisset se nihil debere, prior iterum: **Quando negas, te sacramento quingenario provoco**; et alter vicissim: **Quando ais neque negas te sacramento quingenario provoco** (*Gaius IV. 13. sq.*).

(5) Iudex regum tempore et initio reipublicae fuit tribunal centumvirorum et decemvirorum. Post legem *Pinariam* (circa a. 472. a. Chr.) poterat a partibus peti iudex privatus, si lis non excederet summam 1000. aeris (circiter 100. fr.). *Gaius IV. 15.*

nem rei litigiosae (*vindicias dabat*) et inde quis in iudicio partes actoris, quis rei partes sustineret.

171. Legis actio per iudicis arbitrive postulationem. Erat veluti complementum legis actionis per sacramentum; ita ut inter *iudicis postulationem* et sacramentum idem fere discrimen intercedat ac inter *arbitria* et *iudicia*. *Sacramentum* enim applicabatur quaestionibus, quarum obiectum erat bene determinatum, ita ut iudex summo iure sententiam diceret (est, non est): *sed postulatio iudicis vel arbitri* ad eas controversias applicata est, quae implexiores cum essent, decisionem non admittebant adeo simplicem et determinatam; quapropter loco mittendi partes ad tribunal centumvirorum, a partibus obtinebatur arbiter, qui magis ampla praeditus potestate rem totam aestimandi, controversiam decideret magis secundum principia aequitatis quam ex riguroso et stricto iure.

172. Legis actio per conditionem est recentior ex *legis actionibus* introducta per legem *Siliam* pro creditis quantitatis certae et determinatae et per legem *Calpurniam* extensa ad omnes actiones personales *de omni re certa*. *Condictio* a *condicere* (6) erat intimatio ab actore sine speciali solemnitate convento facta, ut is veniret ad magistratum *ad iudicem capiendum*. — Quae vox *condictio* deinde significavit omnem actionem personalem stricti iuris. — Procedura per *conditionem* videtur fuisse magis summaria et expedita cum citatio fieret sine solemnitatibus.

§ 2. PROCEDURA PER FORMULAS.

173. Maxima subtilitas *legis actionum*, atque excessivus formalismus cum consequente periculo pro partibus contendentibus reddiderunt invisum illum procedendi modum. Quare illa procedura fuit abrogata (7) per legem *Aebutiam* et per duas

(6) *Gaius* IV, 17. 18. « Condicere autem denunciare est prisca lingua. Itaque haec quidem actio condictio dicebatur: nam actor adversario denunciabat, ut ad iudicem capiendum die 30. adesset ».

(7) *Lege agere per sacramentum* tantum retentum est pro causis quae deberent referri ad tribunal centumvirorum, donec hoc ipsum tribunal abolitum est. *Gaius* IV, 31.

leges *Iulias* (*leges Iuliae iudiciorum privatorum et iudiciorum publicorum*) (8), quibus introducta est procedura *per formulas* sive *per concepta verba*.

Qui modus procedendi perduravit a Cicerone ad Diocletianum, id est, per totam auream aetatem iurisprudentiae romanae. Omnia opera iurisconsultorum classicorum illum procedendi modum respiciunt, adeo ut sine ipsius notitia studium et intelligentia illorum operum reddantur impossibilia et consequenter praecclusa maneat via ad intelligendos praecipuos Pandectarum textus, qui ex illis operibus sunt deprompti.

Nomen ipsum derivatur a *formula*, quam *magistratus* ius dicens redigebat post expositionem et petitionem partium, quae *iudicem* in examine et decisione causae debebat dirigere eratque proinde nexus inter duplex stadium procedurae (9). Partes autem non amplius tenebantur ad actus solemnes et symbolicos nec ad pronuntianda statuta sacramentalia verba, sed libere suam petitionem eiusque fundamenta magistratui proponebant, a quo deinde concedebatur aut denegabatur formula, prout ex praesuppositis actoris allegationibus posset necne resultare rei conventi damnatio. — En formulae exemplum: *Aulus Agerius* (*Agerius* ab *agere* = *actor*) vendit *Numerio Negidio* (*Negidius* a *negare* = *conventus*) servum sextertiis decem milibus. Cum nolit *N. Negidius* solvere pretium emptionis, *A. Agerius* eum citat apud praetorem, apud quem suam pe-

(8) *Gaius* IV. 30. « Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones; effectumque est ut *per concepta verba*, id est, *per formulas* litigemus ».

(9) Prioribus huius procedurae temporibus formulae innitebantur in *fictione actionis legis* (*Gaius* IV. 10. 32). Pariter ad imitationem *sacramenti* introducta fuit *sponsio* seu stipulatio poenae a reo solvendae si causa cecidisset, quae tamen erat mera quaedam formalitas (*Gaius* IV. 93. 94.). Deinde vero paulatim formulae redigebantur independentes ab actione fictitia et in actionibus realibus etiam permissum est praescindere a *sponsione* et dicebatur agi *per formulam petitoriam*. *Gaius*. IV. 10. 33. 91. 92.

titionem proponit. Praetor auditis allegationibus *Agerii* et exceptionibus *Negidii* rem remittit ad iudicem *Lucium Titium* sub hac formula: **Lucius Titius iudex esto. Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit, qua de re agitur. Quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex bona fide, tanti iudex N. Negidium A. Agerio condemna, si non paret absoluito** (10). — Unde apparet formulam esse iudicium conditio-natum, quo mediante praetor punctum litis a iudice deciden-dum determinat, eique dat facultatem absolvendi vel con-demnandi prout ex circumstantiis et allegationibus iudicaverit iustam esse necne petitionem actoris.

174. *De partibus quibus formula constat*: In quacumque controversia petitio actoris debebat continere 1^o quaestionem resolvendam (ad quam illustrandam inserviebat expositio casus qui dabat locum quaestioni); 2^o conclusiones actoris. Ita etiam formula magistratus ius dicentis, praeter assignationem iudi-cis (*iudicis datio*), saltem tribus partibus constare debuit sc. *demonstratione*, *intentione* et *condemnatione*. Plures tamen com-muniter habebat partes, quarum aliae principales (*partes*) aliae *accessoriae* (*adiectiones*) erant.

Partes principales formulae.

175. 1^o *Demonstratio* erat « *ea pars formulae, quae ideo in-seritur, ut demonstretur res de qua agitur* ». *Gaius*, IV. 40 (11). Quae demonstratio omittebatur in actionibus *in rem*, quia ius reale semper idem est independenter ab eius origine seu causa. D. 44, 2. de except. rei iudic. L. 14. § 2.

2^o *Intentio* est ea pars formulae in qua magistratus peti-tionem actoris refert. *Gaius* IV. 41. (12). In actionibus *in factum* intentio fundabatur in ipsa *demonstratione*, non *in iure civili*, quod in talibus actionibus in aequitate fundatis invo-cari non poterat, et dicebatur *formula in factum concepta*,

(10) *Caius* IV. 40-43.

(11) V. gr. *Quod A. Agerius N. Negidio hominem vendidit.*

(12) V. gr. *Si paret N. Negidium A. Agerio Sestertium X. millia dare oportere.*

per oppositionem ad conceptam *in ius* (*Gaius* IV. 46. iunct. 45.). Idem dicendum de actione *utili* non fictitia (13). In actione *utili* fictitia intentio pariter fictionem continebat (*Gaius* IV. 34.).

3^o *Condemnatio* est « *ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur* » (*Gaius* IV. 43.). In actionibus *praeiudicialibus* non reperiebatur, quia damnatio cadit supra actionem principalem et loco ipsius habebatur mandatum examinandi quaestionem incidentem (*Gaius* IV. 44.).

4^o *Adiudicatio* « *est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare* » *Gaius* IV. 42., videlicet haec pars solum habebatur in actionibus *divisoriis*.

Partes formulae accessoriae.

176. 1^o *Exceptiones*. Si conventus assertiones actoris simpliciter negaret, nihil addi formulae debuit; illis assertionibus non probatis, iudex conventum absolvebat. Si conventus, agnito in genere fundamento petitionis actoris, circumstantias vel facta allegabat, quibus probatis intentio actoris vel in totum vel pro parte elideretur, in iudiciis stricti iuris (14), conventus illud medium defensionis debebat proponere *in iure* et petere ut in formula apponeretur clausula (*adiectio*) qua iudici fieret facultas absolvendi si factum allegatum esset probatum (15). *Adiectio* in casu dicebatur *exceptio* (16).

2^o *Replicationes* — *duplications* — *triplicationes*. — Si actor nova facta factis a convento allegatis opponebat, quae huius exceptionem elidere poterant, nova clausula in formula introducebatur, quae dicebatur *replicatio* et nihil aliud erat nisi

(13) *Keller* l. c. § 33.

(14) In iudiciis *bonae fidei*, *exceptio* in formula non erat necessaria, quia iudex exceptionis rationem habere poterat in vim mandati pronuntiandi de intentione ex aequitate (*bonae fidei iudiciis exceptio doli inest*).

(15) V. gr. Si paret N. N. centum dare oportere (intentio). Si inter A. A. et N. N. non convenit, ne ea pecunia intra biennium peteretur (*exceptio*).

(16) « *Exceptio dicta est, quasi quaedam exclusio.... ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est* ». D. 44, 1. de except. L. 2.

exceptio contra exceptionem (17). Cui replicationi a reo poterat opponi *duplicatio* et huic ab actore vicissim *triplicatio* etc. *Gaius* IV. 126-128.

3^o *Praescriptiones-praeiudicia*, erant clausulae quae initio formulae ante *intentionem* inserebantur, et poterant esse insertae vel in favorem actoris vel in favorem rei. — *a*) *In favorem actoris (praescriptio pro actore)* inserviebant vel ad suppeditandam *intentionem iuris civilis (agere praescriptis verbis)* (18), vel ad accurate determinandam et circumscribendam actoris petitionem, ne ex exercitio actionis detrimentum caperet (19). — *b*) *in favorem rei* praescriptiones erant conditiones negativae exercitio actionis oppositae, quibus probatis, iudici ab examinanda actoris petitione supersedendum fuit. Tales erant illae quae respiciebant rem, quae graviore quaestioni praeiudicium inferre posset (*praeiudicium*) vel iudicis incompetentiam (*praescriptio fori*) vel lapsum temporis utilis ad exercendam actionem (*praescriptio temporis*).

§ 3. DE PARTIBUS, PROCURATORIBUS, ADVOCATIS ET DEFENSORIBUS.

D. 3, 1. de postulando. — C. 2, 6. eod.

D. 2, 4. de in ius vocando. — C. 2, 2. eod.

D. 3, 3. de procurat. et defens. — C. 2, 13. eod.

Inst. 4, 10. de iis, per quos agere possumus.

177. *Postulare* i. e. in iure petere apud eum, qui iurisdictioni praeest, solus is potest, qui capax est obligationis suscipiendae: is dicitur habere *legitimam personam standi in iudicio*. Sed minores puberes, licet generatim sese obligandi capacitatem habeant, postulare non possunt nisi expleto 17.

(17) « *Replicationes* nihil aliud sunt quam exceptiones ut exceptiones excludant » *D. eod. L. 2. § 1.*

(18) *C. 2, 4. de transact. L. 6.*

(19) *Gaius* IV. 130. 133. V. gr. si qui stipulatus fuisset annuam praestationem pecuniae, vult obtinere solutionem pro annis iam elapsis, ne noceat futurae solutioni pro annis nondum decursis petit praescriptionem, et datur hoc pacto per clausulam initio vel post demonstrationem positam: *Ea res agatur cuius rei dies fuit* », vel « *Quod A. A. de N. N. incertum stipulatus est, cuius rei dies fuit* ».

aetatis anno. Incapaces per tutorem seu curatorem repraesentantur. (D. 3, 1. h. t.).

De partium procuratoribus. In legis actionibus repraesentatio per procuratorem non erat generatim admissa (*Gaius* IV. 82.). In processu *per formulas* poterant partes sibi substituere mandatarium adhibitis verbis solemnibus coram adversario et magistratu, qui dicebatur *cognitor* (*Gaius* IV. 83.). Postea ea res a solemnitatibus fuit libera, et ordinario mandato vulgaribus verbis concepto etiam extra iudicium constitui potuit *procurator ad litem* (*Gaius* IV. 84.); qui tamen non proprie partem repraesentabat, ut repraesentabat *cognitor*, sed agebat nomine proprio et *actio iudicati* ipsi et contra ipsum dabatur, salvo ipsius iure adversus mandantem. Sed sub imperatoribus graecis, suppressis *cognitoribus*, *procurator* cum vera mandantis repraesentatione admissus est (20).

Iure Iustiniano ut quis possit constitui *procurator ad litem* debet habere personam standi in iudicio et esse sexus masculini. Debet producere scriptum mandatum procuratorium, et si ab actore sit constitutus, exhibere cautionem iudicatum solvi, nisi ab ipso principali praestetur (21). In defectu regularis mandati, adhuc admittitur qui repraesentet partem *absentem*, mediante cautione *ratam rem dominum habiturum* vel *iudicatum solvi* prout agatur de procuratore actoris vel rei (l. c. *Inst.* § 3. 5.). — Ipsa autem pars censetur processum sustinere, et sententia eius nomine pronuntiatur ac *actio iudicati* ipsi et contra ipsam datur (22).

De partium advocatis seu patronis.

178. Hi non sunt confundendi cum procuratoribus, nam partes non repraesentant, sed eisdem assistunt.

Tempore reipublicae reperiuntur ex una parte *patroni* seu *causidici*, qui causam partis in iudicio sustinebant, ut *orato-*

(20) *Vatic. fragm.* 317, 331.

(21) C. h. t. L. 18.; *Inst.* 4, 11. de satisdat. § 3. 4.; C. 2, 57. eod. L. unic.

(22) D. 42, 1. de re iudic. L. 4. pr.; D. 26, 7. de admin. tut. L. 2. pr.

res; ex alia parte habentur *advocati*, qui partem non habebant in disceptatione seu controversia, sed adsistebant ut *iurisconsulti* ad illustrandam et dirigendam circa iuris quaestionem aliquam partem vel eius patronum. — Sub imperio iurisconsulti a comparitione in iudicio cessarunt, et ipsi *patroni* facti sunt *advocati*, cuius munus dicitur esse *pro alio postulare*. (D. h. t. § 1-5.).

Usque ad finem iuris classici ministerium advocatorum fuit gratuitum nec ad obtinendum a cliente honorarium actio fuit data; imo lege *Cincia* (a. 204. a. Chr.) etiam praemium seu donum sponte oblatum recipere prohibiti sunt. At Imp. Claudius debuit ipsis concedere pro singulis causis 100 solidos (circiter 1500 lib.); donec ab Alexandro Severo *cognitio extraordinaria* instituta est, qua advocati honorarii solutionem repetere possent (23).

Iure Iustiniano mansit ius advocatis ad honorarium, cuius maximum sint 100. solidi, sed prohibitum ipsis *pactum de quota litis* (24).

§ 4. DE PERSECUTIONE IUDICIARIA SEU DE PROCESSU STRICTE DICTO.

I. De citatione.

179. I. Per longum tempus adductio rei in iudicium fuit actus privatus: actor reo intimabat ut se sequeretur et si necesse esset rapiebat — *in ius vocatio*. Apud magistratum actor suam intentionem proponebat (*actionis editio*). Ulteriori vero rei in iudicio praesentiae provisum erat per cautionem *iudicio sisti* = *vadimonium* — Sed Marcus Aurelius introduxit sistema *denuntiationis litis*, quo actor antecederet convento obiectum actionis intimabat.

II. *Iure Iustiniano*. 1^o Actor scripto suam petitionem proponit, cuius obiectum et fundamenta summarie indicat — *libellus conventionis* (25). — 2^o Scriptum tribunali offert et cautio-

(23) D. 50, 13. de extraord. cognit. L. 1. § 12.

(24) C. 2, 6. de postul. L. 5, 6. § 2.

(25) D. 2, 13. de edendo L. 1. pr.

nem praebet *iudicio sisti* (26). Quodsi actio non evidenter caret fundamento, tribunal ordinat citationem (*citatio*, *conventio*, *commonitio*) (27). — 3^o Apparitor (*executor*) convento petitionem et citationem defert, et ab eo pariter exigit cautionem *iudicio sisti* (28). — 4^o Conventus debet se sistere post viginti dies (29).

II. De litis contestatione.

C. 3, 9. de litis contest.

180. I. *Notio*. In procedura ^{antiquissima} antediotetiana) *contestatio litis* erat ultimus actus a litigantibus positus *in iure*, quo litigantes praesentes testes adhibebant de eo quod apud magistratum gestum erat, eosque ad hunc finem interpellabant — *testes estote*, unde ducta appellatio *litis contestatio*. — In processu *per formulas* videtur haberi litis contestatio in momento separationis duplicis partis proceduræ *in iure*, *in iudicio*. Ex quo *datus iudex* formula est definitiva, iudicium est *acceptum*, *susceptum*, *lis est inchoata*, *coepta* seu *contestata* (30).

II. *Effectus*. In procedura *per legis actiones* et in procedura *per formulas* a litis contestatione inducebatur *novatio* quaedam in relationibus iuridicis litigantium, consistens in obligatione quasi-contractuali, vi cuius partes obligabantur ad continuandum *iudicium* innixum in actibus petitionibus, deductionibus et contradictionibus ad illud usque tempus positus. Quo vinculo destruitur relatio iuridica antea inter partes existens unde oriebatur actio, et in eius locum succedit illud novum vinculum (*iuri originario succedit obligatio condemnari oportere*), saltem in eo sensu, quod actor nequit iterum ex primitiva actione contra reum agere. Aliis verbis actio *in*

(26) Novell. c. 2. pr.

(27) Arg. C. 8, 4. unde vi L. 6. pr.

(28) Inst. 4, 11. de satisfat. § 2.

(29) Novell. 53. c. 3. § 1.

(30) *Gaius* III. 180. 181.; D. 39, 6. de mort. caus. donat. L. 12. pr.; D. 5, 1. de iudic. L. 31.; D. 3, 3. de procur. L. 17.; D. 6, 1. de rei vind. L. 25.

iudicium deducta per litis contestationem consumitur nec de novo exerceri potest ex illo iuris romani principio *bis de eadem re agi non potest*. Quod principium ipso iure operabatur in *legis actionibus* et in *legitimo iudicio in personam*, in ceteris casibus revocari poterat per *exceptionem rei in iudicium deductae* (31).

III. Iure Iustiniano illa *necessaria novatio* disparuit, et ius originarium actoris adhuc post litis contestationem plene subsistit (32). Sed *litis contestatio* adhuc retinet vim quasi contractus ad prosequendum iudicium, licet possint instantia durante corrigi errores in petitione commissi. Inde actio transmittitur ad haeredes nec praescribitur nisi praescriptione longi temporis seu 30. annorum.

Porro in procedura extraordinaria iuris Iustiniani intelligitur lis contestata cum partes suas conclusiones proposuerunt. C. h. t.; D. 3, 1. de iudic. L. 14. § 1. « Cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam ».

III. De plus petitionibus.

C. 3, 10. de plus petitionibus.

181. I. *Notio et species*. Habetur plus petitio, cum plus petitur quam iure peti possit. Porro plus petitur aut *re* aut *tempore* aut *loco* aut *causa* seu modo.

II. *Effectus*. Iure classico induxit iuris amissionem. Nam iudex reum conventum damnare non poterat nisi *intentio* formulae fuisset rigorose vera et probata; aliunde ad persequendam iterum eandem actionem admitti non poterat ob *novationem* inductam per litis contestationem. — Iure novo iudex potest corrigere errorem cum plus petitum fuit *re*, *causa* aut *loco*, sed actorem damnat ad triplum nocumenti quod *plus petitio* causat adversario. Quodsi *tempore* plus pe-

(31) *Gaius* III. 180-181., IV. 53. 106-108.; D. 46, 2. de novat. L. 29.; *Keller* l. c. § 14.; *Ronga* III. pag. 269. sq.

(32) *Arg.* C. 3, 10. de plus petit. L. 2. A) et C. 8, 48. de fideiuss. L. 28. Inst. 4, 13. de except. § 5.

titum sit, repellitur interim actor et conceduntur debitori induciae duplicati temporis simul cum iure ut sibi reficiantur iam factae litis expensae (Inst. 4, 13. de except. § 10. in fin.).

IV. De exceptionibus.

Inst. 4, 13. de except.; D. 44, 1. eod.; C. 8, 36. eod.

182. I. *Exceptio* cum in genere significet omnia media defensionis, quae alicui actioni opponi possint (L. 2. pr. D. h. t.), in sensu stricto et iure classico erat illud speciale medium defensionis, quo, non negato, neque in dubium vocato originario aut saltem actuali iure actoris, inefficax redditur illud ius, ipsi opponendo ius contrarium. Quare in sensu minus stricto habetur exceptio si a reo ius actoris negetur aut asseratur ius illud iam esse extinctum (33). Haec exceptio quae penitus elideret intentionem actoris non apponebatur in formula, inutile enim hoc fuisset, quia hoc ipso actio careret fundamento et a iudice necessario reus debuisset absolvi; iam vero exceptio erat praecipuum medium, quo Praetor usus est ad temperandum ex aequitate naturali iuris civilis rigorem (34). Cum vero Iustiniano iure iam non vigeant formulae, omnia illa media, quibus se defendit reus, veniunt nomine exceptionis.

II. Exceptiones esse possunt: 1^o *peremptoriae* vel *perpetuae* et *dilatoriae* vel *temporales*. Illae diriguntur contra ipsum ius actoris et pro effectu habent perimere actionem ac semper i. e. in quocumque statu causae opponi possunt. Posteriores solum contra actualem actionem diriguntur, cuius dilationem inducunt atque initio tantum processus opponi possunt (35). — 2^o Aliae sunt *reales* (*exceptiones rei vel causae cohaerentes*) quae cohaerent cum aliqua relatione iuridica, unde omnes qui in illa relatione reperiantur vel eidem succedant sive titulo universali sive particulari illam apponere possunt v.

(33) *Gaius* III. 168.

(34) Porro omnes fere exceptiones originem habent ex iure praetorio. Paucae admodum fuerunt in ius civile introductae v. gr. exceptio *SC. Vel- leiani*, *beneficium divisionis*. *Gaius* IV. 115. 116. 118.; Inst. 4, 13. § 7.

(35) *Gaius* IV. 121. 122.; Inst. h. t. § 9. 10.

gr. *exceptio rei venditae et traditae*, *exceptio metus causa*. Aliae sunt personales (*personae cohaerentes*) quae personae determinatae competunt et pro persona determinata dantur v. gr. *exceptio pacti in personam* (36). — Aliquae dantur exceptiones quae sunt reales ex sola parte actoris vel ex sola parte rei et personales ex alia parte (37) v. gr. *exceptio doli*, quae non potest opponi contra actorem qui partem in dolo non habuit et pertinet ad omnes interesse habentes.

III. Exceptiones sunt *impraescriptibiles*, unde effatum iuridicum: *quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua* (38); cuius rei iuridica ratio illa est, quod ab excipiente non pendet exceptione uti vel non uti; quoniam exceptionis exercitium pendet a persecutione iudiciaria, quare extra persecutionem iudiciariam exceptione non utenti non potest id tribui negligentiae, quae praescriptionis fundamentum est (39).

§ 5. DE PROCEDURA IN IUDICIO.

183. Haec pars procedurae quae tendit ad inferendam iudicis sententiam condemnatoriam vel absolutoriam, habet pro principali obiecto probationes iudiciales, quibus firmentur facta quibus partes innituntur in suo iure tuendo; veritas enim in iudicio non existit nisi probata et sola assertio partium non supplet iudici fundamentum iuridicum sententiae. Hinc maximi momenti est scire, cui onus probandi incumbat.

I. De onere probandi.

D. 22, 3. de probat. et praesumpt. C. 4, 19. eod.

184. I. 1° Est principium generale, quod unicuique parti, sive aëtori sive reo, alleganti factum vel circumstantiam, ex

(36) D. h. t. L. 7. § 1. L. 3. § 1.; D. 21, 3. de except. rei vend. et tradit. L. 3. pr.

(37) D. 44, 4. de doli except. L. 2. § 1-2.

(38) L. 5. § 6. D. eod.

(39) C. 7, 40. de ann. except. L. 2.

qua proprium ius inferatur, incumbere onus factum vel circumstantiam allegatam probandi: *affirmanti, non neganti incumbit probatio* (L. 2. D. h. t.). Quod principium valet de facto *positivo* et de *negativo*, excepto casu, quod factum a lege ipsa praesumatur. — Quare actor debet probare fundamentum suae actionis, seu existentiam iuris quod sibi attribuit et huius iuris laesionem a reo (*actor probat actionem*). Vicissim reus debet probare fundamentum exceptionis (D. h. t. L. 19. pr.); *reus probat exceptionem*; *reus excipiendo fit actor* (D. 44, 1. de except. L. 1.).

2º Quodsi agatur de iuris existentia, sufficit probare ius legitime fuisse acquisitum, nec debet praeterea probari quod adhuc subsistat, sed eius amissio ab adversario asserente est probanda, cum ius legitime acquisitum praesumatur perseverare (C. h. t. L. 1.).

II. Modi *legitimi* probationis sunt: scriptura, testes, confessio, iuramentum et praesumptiones.

II. Probatio per scripturam.

D. 22, 4. de fide instr. — C. 4, 21. eod.

185. Probatio per scripturam fit adductis *instrumentis*; quae vox in sensu stricto significat quamlibet scripturam quae inservire possit ad probandum aliquod factum. — Quae instrumenta distinguuntur in *privata* et *publica*, prout fuerint confecta a privata persona aut a persona publica, velut magistratus (C. 8, 54. de donat. L. 31.) vel notarius (*notarii, tabelliones*) (40). Iam vero instrumenta *publica*, cum praescriptis solemnitatibus sunt confecta (41), ideoque plene sunt authentica, donec contrarium probetur, plenam faciunt fidem de facto quod attestantur (42). *Privata* vero probationem non faciunt, nisi eorum authenticia sit comprobata, aut ex confessione partis contra quam allegantur, aut per verificationem

(40) D. 48, 19, de poen. L. 9. § 4.

(41) Nov. 47. c. 1.; Nov. 90. c. 1. 2.; Nov. 73. c. 5.

(42) C. 8, 54. de donat. L. 31.; C. 7, 52. de re iudic. L. 6.; D. 22, 3. de probat. L. 10. 25.

scripturae, aut per recognitionem testium a quibus fuerunt subscripta (43); qua authentia ita comprobata idem valent ac publica *relate ad partes*, non *relate ad tertias personas*, pro quibus est res *inter alios acta*.

Tituli ex una parte provenientes *soli* plenam probationem in eius favorem non faciunt.

Exemplum instrumenti, ubi authenticum instrumentum adest, nihil probat (Arg. L. 2. D. h. t.). In huius defectu tamquam novus titulus valet, si factum est in praesentia et cum consensu partium.

Instrumenta recognitionis seu facta in finem recognoscendi aliquod ius, non valent nisi in defectu primitivi instrumenti (Arg. C. h. t. L. 14.). Mentio accidentaliter alicuius iuris in instrumento aliam rem respiciente omni caret valore probandi (Nov. 119. c. 3.).

III. Probatio per testes.

D. 22, 5. de testibus — C. 4, 20. eod.

186. Probatio per testes generaliter et absolute atque in omni causa admittitur iure romano. Illa probatio habetur per attestaciones tertiarum personarum (44), quae necessaria capacitate iuridica sint praediti (45). In hunc finem citantur ut compareant coram magistratu (46), ubi viva voce in prae-

(43) L. 20. C. h. t.; Novella 18. c. 8.; Nov. 49. c. 2.; Novella 73. praef. c. 1. 3. 4. 7. — Quae instrumenta privata non inde habent vim instrumenti publici, quod in publico archivo sint posita; cui assertioni non obstat Nov. 49. c. 2. ubi id solum statuitur, instrumenta privata inservire posse ad comparationem scripturae, cum in publico archivo reperiantur.

(44) D. h. t. L. 10.; C. h. t. L. 10. Nullus idoneus testis in re sua intelligitur.

(45) Illa capacitate iuridica carent: impuberes, mentecapti, prodigi, servi. Pariter ascendentes et coniux, non sunt habiles testes in causa descendentis vel alterius coniugis et viceversa. Inst. 2. 20 de test. ord. § 6.; D. h. t. L. 4-6. 9. 19. § 1.; C. h. t. L. 3. 6. 12. 15.

(46) D. h. t. L. 1. § 2. L. 7. § 6. Per se tenentur venire, salvo iure ad refectionem expensarum. C. h. t. L. 16. 19. 21. § 1.; D. h. t. L. 3. § 6. L. 8. 19. 25.; Nov. 123.

sentia partium, a quibus sive per se sive per advocatos interrogari possunt, suam faciunt depositionem (47) post praestitum de veritate dicenda iuramentum (48). Ad prudens iudicis arbitrium spectat aestimatio valoris attestationum (49), licet ex unius personae testimonio probatio generatim non desumatur; principium, *testis unus, testis nullus*, initio non fuit nisi prudentiale consilium, donec *Constantinus* (L. 9. C. h. t.) illud mutavit in regulam praeceptivam.

IV. De confessione.

D. 42, 2. de confessis — C. 7, 59. eod.

187. *Confessio* est asseveratio unius ex litigatoribus verum esse factum sibi contrarium et adversario favorabile; et potest esse *iudicialis* et *extraiudicialis*.

1^o *Confessio iudicialis* facta a reo apud magistratum (*in iure*) iure classico habuit vim condemnationis: *In iure confessus pro iudicato habetur*. (*Paulus* V. 5. A. § 2.): inde res erat finita et exequendae petitioni actoris locus dabatur (*Paulus* l. c. § 4.). Si tamen confessio esset de re distincta a summa pecuniae, magistratus partes ad iudicem remittebat tantum *aestimandae rei causa, nam nullae partes iudicandi sunt in confitentes* (50): actio autem hoc modo instituta dicebatur *confessoria* cum confessio rei conventi fuisset spontanea, *interrogatoria* cum fuisset provocata ex interrogatione actoris (51).

Confessio facta apud *iudicem* (*in iudicio*) ante finem processus, plenam fidem faciebat, nec admittebatur probatio in contrarium, ipse reus in se iudicium et sententiam proferebat.

In procedura Diocletiana haec vis tribuebatur omni confessioni iudiciali, licet non haberet vim sententiae, sed sententiae fundamentum esset. Requiritur tamen: a) ut confes-

(47) D. h. t. L. 3. § 1-4.

(48) C. h. t. L. 9. 16.

(49) D. h. t. L. 2. 3. pr. et § 1-2., L. 21. § 3.; C. h. t. L. 4. 5.

(50) D. 9, 2. ad leg. Aquil. L. 25. § 2. L. 26.

(51) D. eod. L. 25. § 1.; D. 11, 1. de interrog. in iure facta et inter. act. L. 22.

sus de re in iudicium deducta disponere possit (52). — *b*) ut confessionem non revocasset ante quam ab adversario esset acceptata (53). — *c*) ut confessio non esset orta ex probabili errore facti (54). — *d*) ut factum naturaliter et legaliter esset possibile (55).

Porro confessio erat *indivisibilis* ac *scindi* non poterat, sed aut in totum acceptari aut in totum repelli debuit.

In genere confessio est voluntaria nec datur obligatio iuridica admittendi facta, in quibus innitur actio vel exceptio alterius partis. — Sed Praetor ex aequitate induxit exceptionem relate ad facta spectantia personam ipsam rei conventi, quorum cognitio est necessaria ad definiendam actionem, quae contra ipsum intentari potest, v. g. si citatur ut haeres debitoris, ut possessor rei, ut proprietarius servi in actione noxali. Iis in casibus actor habet ius interpellandi seu interrogandi reum: si is fateatur, factum habetur pro vero ut in confessione voluntaria; si neget contra veritatem aut respondere recuset, actor ius acquirit habendi pro vero factum cum causa connexum quod minus reo faveat v. gr. si est haeres *pro parte* ut habeat tamquam haeredem *ex asse*, dum tamen actor mendacium probet (56).

2^o *Confessio extraiudicialis* debet probari legitimis probationibus ordinariis et fidem facit solummodo usque dum contrarium probetur. C. 4, 30. *de non num. pecun.* L. 13.

(52) D. h. t. L. 6. § 5.; C. 7, 16. *de liber. can.* L. 24. 39.

(53) D. h. t. L. 6. § 3.; D. 11, 1. *de inter. in iure* L. 11. § 2.; D. 9, 4. *de nox. act.* L. 26. § 4.

(54) D. h. t. L. 2.; D. 11, 1. *de inter. in iure fac.* L. 11. § 11. — Sed per exceptionem, *ubi lis inficiendo crescit in duplum*, seu ubi damnatio esset in duplum, confessio revocari non potest, quia censetur habere vim transactionis. Arg. L. 3. h. t.; D. 9, 2. *ad leg. Aquil.* L. 23. § 11. L. 24. 25.

(55) « In totum confessiones ita ratae sunt si id, quod in confessionem venit, et ius et natura recipere potest ». D. 11, 1. *de inter.* L. 14. § 1.

(56) In procedura per formulas interrogatio debuit fieri *in iure*, et in formula introducebatur ante *intentionem* actio interrogatoria.

V. De iuramento.

D. 12, 2. de iureiur. volunt., necessar. iudiciali.

C. 4, 1. de rebus cred. et iureiurando.

188. *Iuramentum* consideratum ut medium probationis est actus sollemnis et religiosus, quo Deus invocatur in testimonium veritatis alicuius facti quod asseritur. Est iuramentum *assertorium*, quod differt a *promissorio* quod v. gr. praestatur a tutore in assumenda tutela. Porro iuramentum iudiciale praesertim refertur ad facta, quae sunt fundamentum actionis vel exceptionis.

Distinguitur iuramentum probatorium in *decisoriū*, *extra-iudiciale* et *iudiciale*.

a) Iuramentum *decisoriū*, quod dici etiam solet necessarium, illud est quod unus ex litigatoribus alteri defert in finem definiendi litem (57). Huius iuramenti principium fundamentale est pro parte probatoria processus, quod habeat vim *transactionis*. (L. 2. h. t. D.): pars quae iuramentum defert in conscientiam adversarii remittit litis definitionem atque haec acceptat transactionem sibi propositam (58).

Requiritur autem: 1° ut partes sint capaces transactionis ineundae (D. h. t. L. 35. § 1. L. 34. § 2.).

2° factum debet esse *personale* illius cui iuramentum defertur, secus ad ipsius conscientiam appellari non potest (D. 25, 2. *de act. rer. amot.* L. 11. § 2.).

3° Pars, cui iuramentum defertur, si recuset praestare, litem perdit (59): potest tamen iuramentum *referre* adversario, si agitur de facto personali istius, tumque is litem perdit si iuramentum recusat (60).

4° Si iuramentum vel *delatum* vel *relatum* praestitum fuit, illud plenam facit fidem nec admittitur pars adversa ad pro-

(57) « Maximum remedium expediendarum litium in usum venit iuris-iurandi religio, qua etc. » D. h. t. L. 1.

(58) L. 2. D. h. t.; D. 44, 5. *quar. rerum actio* non datur. L. 1. pr.

(59) D. h. t. L. 34. § 6.

(60) D. h. t. L. 34. § 7. 8. 9. i. f.

bandam facti falsitatem, quia a transactione resilire non licet. — Ante Diocletianum iuramentum *iniure* praestitum aequivalebat condemnationi vel absolutioni prout ageretur de actore aut reo (Arg. C. h. t. L. 8.), unde oriebatur exceptio *rei in iudicium deductae* vel *indicatae* et *actio iudicati*, immo ipsa naturalis obligatio censebatur extincta; sed novo iure sententiam non supplet sed illam dumtaxat determinat (61).

5° In genere iuramentum praestitum vel recusatum non habet effectum nisi pro partibus et ab iis causam habentibus et tantum quantum ad rem vel factum circa quod datur (62). Iuramentum tamen praestitum a debitore principali proderat fideiussori; praestitum ab uno ex pluribus debitoribus in solidum aliis proderat, et vicissim nocet creditoribus in solidum iuramentum uni eorum delato (L. 28. D. h. t.).

b) Iuramentum *extraiudiciale* seu voluntarium illud est, quod extra iudicium unus alteri defert ad definiendam controversiam inter ipsos exortam. Is, cui iuramentum est delatum *liber* est ad acceptandum vel recusandum, nec habet ius ad illud *referendum*. (L. 17. D. h. t.). Quodsi acceptatur, producit quandam transactionem conditionatam, cui iure praetorio similes effectus tributi sunt ac rei iudicatae; nam iuramentum praestanti tribuitur *actio in factum* et *exceptio iuris iurandi*, prout existentiam vel inexistentiam iuris controversi affirmaverit (63). Sed iuramentum extraiudiciale esse praestitum debet in iudicio probari legitimis ordinariis probationibus.

c) Iuramentum *iudiciale* est illud, quod a iudice ipso alicui ex litigantibus defertur; quae delatio iuramenti per iudicem duplicem habere potest scopum, aut complere vel destruere semiplenam probationem, aut determinare quantitatem seu extensionem condemnationis.

(61) D. h. t. 31. 39. § 9. 5. § 2.

(62) D. h. t. 3. § 3. 9. § 7. 10. 11. § 1-3. 12. 28. § 1-3. 42. pr. § 1. 3.

(63) « Item si quis postulante adversario iuraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur, iustissime (Praetor) accommodat ei talem actionem, per quam non illud quaeritur, an ei pecunia debeatur, sed an iuraverit » Inst. 4, 6. de act. § 11. Cfr. quoque Inst. 4, 13. de except. § 4.; D. h. t. L. 3. pr. L. 9.

1° Cum initium aliquod probationis existit, quod ad proferendam sententiam non sufficit (*in causis dubiis*) (64), iudex habet potestatem deferendi iuramentum *actori*, ut sua iurata declaratione plenam reddat probationem (*iuramentum supplementarium*), vel etiam *reo*, ut is simili ratione per iuramentum destruat probationem contra se adductam (*iuramentum purgatorium*). Quod iuramentum vim transactionis non (65) habet, nec inde causa cadit qui illud praestare recusat, liberum enim est partibus illud recusare sese obligando ad complendam vel destruendam alia ratione productam semiplenam probationem, vel ipsum iuramentum contraria probatione impugnare possunt (L. 31. D. h. t.). Praeterea hoc iuramentum alteri parti referri nequit.

2° In actionibus arbitrariis et in actionibus bonae fidei, quae pro obiecto habent alicuius rei restitutionem vel exhibitionem, iudex potest actori deferre iuramentum *in litem* sive *aestimatorium* de quantitate damni accepti, cum reus *nolit* aut *ex dolo vel culpa lata non possit* rem ipsam restituere vel exhibere (66). Sed iudex habet facultatem determinandi limitem summum aestimationis et reducendi aestimationem ab actore factam si probetur exorbitans (67), et generatim hoc iuramento in litem uti potest iudex in quacunque alia actione, cum aliter damni quantitas aestimari non possit.

VI. De praesumptionibus.

D. 22, 3. de probat. et praesumptionibus.

189. *Praesumptiones* sunt conclusiones rationabiles de veritate rei dubiae, quae inferuntur ex indiciis plerumque vel saltem frequenter cum veritate coniunctis; ex facto certo dedu-

(64) « Solent saepe iudices in causis dubiis secundum eum indicare qui iuraverit » L. 31. D. h. t. Cfr. C. L. 3. de reb. credit. et iur. 4, 1.

(65) Quodsi iudex videtur iuramentum pro suo arbitrio reo vel actori deferre; certe multo congruentius est ut deferatur, reo convento, nam actoris est plene probare.

(66) D. 12, 3. de in lit. iur. L. 2. 4. § 4. 5. pr. 6.; D. 6, 1. de rei vindic. L. 68.; D. 20, 1. de pignor. L. 11. § 3. L. 21. § 3.

(67) D. 12.; 3. L. 5. § 1. L. 4. § 3. 4. 6.

citur aliud factum quod cum priori solet esse connexum atque hoc sicut illud habetur verum. Sunt ergo quaedam quasi indirectae probationes, cum loco ostendendi factum de quo in iudicio agitur, aliud potius factum ostenditur ex quo prius per rationabilem illationem infertur.

Sunt autem duplicis generis: praesumptiones facti vel *hominis* et praesumptiones *iuris*. *Priores* illae sunt quas lex relinquit iudicis aestimationi et ex se initium tantum suppeditant probationis, nec per se plenam probationem suppeditant. *Posterior*es (iuris) eae sunt quas lex ipsa statuit. Quae cum sint exceptiones a iure communi, strictae sunt interpretationis illi iuris textus in quibus continentur, nec in his valet analogia. — Ceterum cum per se solam dent probabilitatem aliis probationibus impugnari possunt (L. 24. D. h. t.), nisi lex ipsa expresse contrariam probationem excludat (praesumptiones *iuris et de iure*). Arg. D. 38, 16. *de suis et legit. haer.* L. 3. § 11.

§ 6. DE CONTROVERSIAE DEFINITIONE.

I. De sentiis et re iudicata.

D. 42, 1. de re iudic. et de effectu sent. et de inter.

C. 7, 45. de sentent. et interloc. omnium iudic.

190. Ordinarius modus imponendi finem controversiae est *iudicis sententia*, per quam finitur procedura *in iudicio*.

Singulares modi, quibus iudicio per voluntatem partium ante iudicis sententiam finis imponitur, hic breviter dumtaxat sunt enumerandi. Sunt autem: 1° Si litigantes litem definiant transactione. — 2° Si actor liti renuntiet, quo casu etiam ius in iudicium deductum extinctum manet, nisi renuntiatio per fraudes adversarii fuisset extorta (68). — 3° Si, post litem contestatam, per 40. annos lis fuit deserta, quo in casu locum habet praescriptio litis pendentiae, quae cum instantia ipsam quoque actionem perimit (69).

(68) D. 5, 1. de iudic. L. 10. pr. et § 1.; D. 5, 2. de inoff. testam. L. 21.

(69) Arg. L. 9. C. 7, 39. de praeser. 30. vel 40. annor. iunct. L. un.

Sententia est vel *definitiva*, qua controversia ipsa in iudicium deducta definitur; quae definitio secundum *alternativam* in *formula* contentam fiebat per absolutionem aut condemnationem; vel est *interlocutoria*, quae datur de controversia in ipso processu emergente vel incidente. Quae *interlocutio* si influxum habet in finalem sententiam dicitur *interlocutio mixta*; si illo influxu caret et solum ad processus tramites pertinet dicitur *interlocutio mera*.

Sententiae requisita praecipua sunt: 1° debet in scripturam redigi (70), nisi agatur de causa exigui omnino valoris aut de sententia ab Episcopo pronuntiata (*Nov. 17. c. 3., 83. pr.*).

2° debet continere motivationem seu enuntiare fundamenta in quibus innititur (71).

3° debet esse *certa* et *determinata* in parte dispositiva. (D. h. t. L. 4. § 6. 5. § 1. 59. pr. et § 1. C. 7, 46. de *sent. quae sine* L. 3.).

4° debet a iudice pronuntiari viva voce, in loco iudicii, die non feriato (nisi partes consentiant ut etiam feriato die pronuntietur) et in partium praesentia (72).

5° Praeterea sententia valore caret: *a)* si cum pronuntietur altera pars mortua est aut facta est demens. — *b)* si iudex erat incompetens aut inhabilis. — *c)* si per eam violatur auctoritas rei iudicatae. — *d)* si continet impossibilia aut turpia. — *e)* si contra expressam legem manifeste est data. — *f)* si magistratus ad eam dandam se corrumpi siverit.

C. Th. 4, 14. Quodsi a nonnullis tenetur, iudicium extinguere per peremptionem instantiae, quae decursu trium annorum induceretur, id non videtur probari ex allegata Iustiniani Const. (L. 13. de iudic. 3, 1.), ubi potius desertio per triennium dat alteri parti ius ad proceduram contra contumaces.

(70) C. 7. 44. de sent. ex per. rec. L. 3.

(71) D. 49, 8. quae sent. sine ap. L. 1. § 1.; C. 7, 67. quand. prov. L. 2.; D. 16, 2. de comp. L. 7. § 1.

(72) C. 7, 44. de sent. ex peric. recit. L. 1. 2.; C. h. t. L. 6.; C. 7, 43. quom. et quand. L. 4. 5.; D. 2, 12. de feriis L. 1. § 1. L. 6.; D. h. t. L. 47. 60. — Sed in casu probatae contumaciae, absentia partis contumacis valori sententiae non obstat.

II. De appellationibus.

D. 49, 1. de appellationibus et relationibus:

C. 7, 62. de appellat. et consultationibus.

191. Sententia valide prolata redditur irrevocabilis, cum partes ipsi acquieverunt, aut inutiliter expertae sunt media legitima ad illam impugnandam. Media autem sunt *appellatio*, libellus supplex ad principem pro *retractatione* sententiae, restitutio *in integrum*.

1^o *Appellatio* seu provocatio ad iudicem superiorem, generatim admittitur contra quamlibet *definitivam* sententiam, quicumque sit causae valor; quae interponenda est apud iudicem *a quo*, vel viva voce momento prolatae sententiae, vel per scripturam (*appellatorii libelli*). A sententia *interlocutoria* appellari non potest nisi post sententiam definitivam, ne cursus processus impediatur. In una eademque causa non dantur nisi duae appellationes seu tres gradus iurisdictionis. In omni casu appellatio habet effectum *suspensivum* et impedit sententiae immediatam executionem (73).

Appellatio, nisi aperte careat fundamento, a iudice inferiore admittenda est atque infra mensem dandae sunt appellanti litterae appellationis (*litterae dimissoriae vel apostoli*) simul cum exemplari processus primae instantiae (74). Appellans intra *tres* vel *sex* menses pro distantia locorum debet apud iudicem ad quem introducere causam (75).

2^o *Libellus supplex* ad Principem, est instantia apud ipsum facta pro revisione seu *retractatione* sententiae a praefecto praetorio lata in prima instantia. Haec effectum suspensivum non habet, nisi determinatis conditionibus observatis (76).

(73) C. h. t. L. 3. 20. 36. 37.; C. 7, 70. ne lic. in una ead. can. L. unic.; D. 49, 7. nihil innovari appellatione interposita.

(74) C. 7, 65. quor. appell. non recip. L. 8.; Novell. 126. c. 3.; D. 49, 6. de libell. dimiss. L. un. pr. et § 1.

(75) C. 7. 63. de temp. appell. L. 5. pr.; Arg. L. 5. C. h. t.; Arg. Nov. 126. c. 2. initio.

(76) C. h. t. L. 19. 35. 39.; C. 7, 70. ne lic. in una ead. caus. L. un.; Nov. 119. c. 5.

3^o *Restitutio in integrum* speciatim datur contra sententiam validam et regulari processu servato latam, sed innixam in falsis documentis vel attestationibus vel supra falsum iuramentum iudiciale (77).

III. De re iudicata.

D. 42, 1. de re iudicat. et de effect. sentent.

D. 42, 2. de except. rei iudicatae.

C. 7, 52. de re iudicata.

192. Cum sententia valide prolata facta est *irrevocabilis* inducitur *res iudicata*, atque quod in sententia decisum est pro veritate habetur — *res iudicata pro veritate habetur* (78); nisi enim litis aliquis esset finis, actum esset de iuris proprii securitate.

Quae res iudicata potest induci per sententiam absolutoriam vel condemnatoriam. In primo casu, cum declaret inexistentiam iuris in iudicium deducti, solum iuvat reum conventum, cui tribuit *exceptionem rei iudicatae* pro casu, quo iterum contra ipsum intentaretur actio reiecta. In altero casu producit obligationem exequendi condemnationem (79), et actori tribuit tum *exceptionem rei iudicatae* (80) tum *actionem iudicati* seu *obligationem iudicati, condemnatum facere oportere*, quae substituitur obligationi *condemnari oportere* productae per *litis contestationem* (*Gaius* III. 180. i. f.).

Exceptio rei iudicatae ut prosit, necesse est, ut nova actio versetur circa *eandem rem*; hoc autem accidit si datur identitas *obiecti, causae et personarum* (81). Porro: a) *identitas*

(77) *Paulus* V. 5, 10., *D. 42, 1. de re iudic. L. 33.*; *D. 12, 2. de inre iur. L. 31. C. 7, 58. tit. si ex fals. instr.*

(78) *L. 1. h. t. 1.*; *D. 50, 17. de Reg. Iur. L. 207.*

(79) *Gaius* III. 180. 184. IV. 106-108.; *D. 15, 1. de pecul. L. 3. § 11. L. 9.*

(80) *Exceptio rei iudicatae* prodest actori in actionibus realibus, si iterum reus succumbens promoveat actionem vindicationis; *nam cum indicatur rem meam esse, simul indicatur illius non esse.* *D. 44, 2. de except. rei iudic. L. 15. 19. 30. § 1.*

(81) « Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis » *D. h. t. L. 27.* Cfr. quoque *L. 12-14. eod.*

obiecti habetur cum nova petitio seu actio respicit idem corpus vel eandem universitatem rerum, quin habeatur ratio mutationum in intervallo factarum (v. gr. si agatur de grege non habetur ratio augmenti aut diminutionis vel plenae etiam renovationis). Aliis verbis debet esse contradictio inter sententiam, quae de novo postulatur et sententiam de priori actione datam. Quare qui repulsus est in vindicatione rei, non potest nova actione sibi vindicare partem v. gr. solum aedificii; at repulsus in petitione partis potest cum effectu experiri petitionem partis distinctae (82). — *b*) *Identitas causae* postulat ut nova actio, quamvis diversa, eodem nitatur iuris titulo. Ita victo in vindicatione rei potest opponi exceptio rei indicatae si instituat actionem *communi dividundo*. At ex defectu identitatis tituli, qui victus est in vindicatione rei, potest rem ipsam reclamare per *condictionem* et viceversa (83); reiectio actionis *personalis* innixae determinatae *obligationi*, non impedit agere *ex alia obligatione*, cum eadem res inter eundem creditorem et debitorem possit esse obiectum diversarum obligationum (84). Hoc autem non accidit in actionibus *realibus*; cum ius reale semel acquisitum acquiri alio titulo non potest, quare si deducatur in iudicium simul deducuntur omnes possibiles causae seu tituli acquisitionis (85), et succumbens qui *realem* actionem iterum instauraret repelli

(82) D. h. t. L. 7. pr. 12-14. 21. § 1. 2.; D. 46. 3. de solut. L. 98. § 8. At destructo aedificio, qui in eo vindicando repulsus est, potest cum fructu repetere materiam, v. gr. lapides, ligna etc. (cit. L. 7. § 2. h. t.); at qui repulsus est in petitione fundi, non potest dein repetere plantas tunc existentes, licet adhaerere iam desierint (cit. L. 21. § 3. L. 7. § 1. 3.).

(83) D. h. t. L. 31.

(84) « Cum eadem ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione ritatur » L. 14. § 2. D. h. t.

(85) « ac cum in rem ago.... omnes causae una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius quam semel res mea esse potest » L. 14. § 2. D. h. t. — « Denique et Celsus scribit: si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavero quod mihi traditus est ab alio, cum is ex haereditaria causa meus esset, rursum petenti mihi obstaturam esse exceptionem ». L. 11. § 1. D. h. t.

generatim potest exceptione rei iudicatae. Quae regula non applicatur, si prima actio petitoria *unice* fuit reiecta, quia reus conventus rei possessionem non habebat; nec etiam videtur tenere regula si secunda actio fundatur in titulo acquisitionis, qui in priori iudicio *expresse* fuerit subtractus discussioni. — c) *Identitas partium* ideo requiritur, quia sententia, sicut quaelibet conventio, effectum non habet nisi inter partes (86). Hinc generatim *exceptio rei iudicatae* opponi non potest, cum partes quae in altero iudicio interveniunt diversae ab iis sunt, quae priori interfuerunt (87). Quae tamen *partium* identitas vel diversitas non est confundenda cum identitate et diversitate *personarum*; nam *tamquam partes* habentur ii, qui in priori iudicio fuerunt legitime repraesentati, qui sunt partis successores titulo universali (D. h. t. L. 11. § 3. S. 10.), imo et successores titulo particulari, si sententia antecessit factum, unde eorum ius oritur (88). Ex alia parte non reputantur partes, qui in priore iudicio interfuerunt, sed diversa ratione

(86) « Res inter alios iudicatae, neque emolumentum afferre his, qui iudicio non interfuerunt, neque praeiudicium solent irrogare ». L. 63. D. h. t.; C. 7, 56. quib. res. iudic. non. L. 2.

(87) Illa tamen generalis regula plures patitur exceptiones: 1^o) Sententia data de iure indivisibili valet pro interesse habentibus qui partem in priori iudicio non habuerunt (D. 8, 5. de servit. vind. L. 1. § 3. L. 19.) — 2^o) Sententia data in favorem debitoris in solidum vel contra debitorem in solidum, prodest aliis debitoribus et nocet aliis creditoribus. (D. 12, 2. de iureiur. L. 42. 83.) — 3^o) Sententia a patre obtenta in quaestione de legitimitate filii et de patria potestate ab illa dependente, valet tamquam res iudicata relate ad alia familiae membra, nisi inter partes litigantes facta fuisset collusio (D. 25, 3. de agnosc. et alend. liber. L. 1. § 16. L. 2. 3.; D. 40, 16. de collus. deleg. L. 3-5.) — 4^o) sententia inter haeredem testamentarium et haeredem legitimum data de valore testamenti, habet auctoritatem rei iudicatae pro iis, qui ex testamento aliquod ius derivant v. gr. legatarii, salvo tamen casu doli. (L. 14, h. t. D.; D. I. (30.). de legat. L. 50. § 1.; D. 20, 1. de pignor. L. 3.; C. 3, 31. de haered. pet. L. 12. pr. § 2.) — 5^o) Qui interesse habens in controversia inter alios vertente, sciens volens in ipsa partem non habeat, manet vinculus sententia in ea pronuntiata (L. 63. D. h. t.).

(88) « Exceptio rei iudicatae nocebit ei, qui in dominium successit eius qui iudicio expertus est » D. h. t. L. 28.

ac in secundo v. gr. ei, qui causa cecidit in iudicio vindicationis, quod nomine proprio promovit, non potest opponi exceptio rei iudicatae in iudicio quod postea promoveat tamquam haeres proprietarii, quia persona est eadem sed investita titulo diverso seu diversa qualitate iuridica. (D. h. t. L. 10. L. 25. § 2.; D. 6. 1. *de rei vind.* L. 54.).

IV. De sententiae executione — « Actio iudicati ».

(D. 42, 1. *de re iudicata*.)

C. 7, 53. *de executione rei iudicatae*).

193. I. *Historia*. — Iam lege XII. Tabularum agnoscebatur executio *personalis* et executio *realis* condemnati; quae posterior tres habuit formas. — Quoad *executionem personalem* lex XII. tabularum subiecit damnatum *legis actioni per manus iniectionem*. Post mensem a prolata sententia actor habebat exercitium *actionis iudicati*; apud magistratum reum aliqua parte corporis apprehendebat et petebat sibi damnatum *adiudicari, addici* (89). Reus autem se defendere non poterat, nisi dando *vindicem*, quem si non dabat et *actio iudicati* erat fundata, praetor eum actori addicebat (*Gaius* IV. 21.). Illa *addictio* reum spatio duorum mensium constituebat quasi-*mancipium*: et tribus ultimis nundinis huius bimestris dilationis illum creditor ad forum deferebat, ubi ab aliquo posset liberari; liberatione non sequuta, fiebat servus creditoris. Quodsi lex XII Tabularum iubebat vendi trans Tiberim aut morti dari, id non fuit servatum. Cum autem inde debitor subiisset capitis diminutionem, creditor ei succedebat titulo universali eiusque omnia bona acquirebat.

Qui rigor executionis personalis paulatim emollitus est; nam permissus est creditor retinere apud se debitorem, quousque se suo labore redimeret; inde per legem *Poeteliam Papiriam* (a. 313. a. Chr.) prohibitum est illum tenere in com-

(89) « *Quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium X. milia, quando non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicato manum iniicio* ».

pedibus et nervo; donec tandem sub imperio executio personalis facta est per incarcerationem in carceres status, et inde publicum acquisivit characterem.

Executionis realis triplicem speciem nobis exhibet iuris historia: *a)* apprehensio certorum bonorum debitoris (*pignoris capio*) adhibebatur in materia iuris publici et sacri: quae bona a creditore vendebantur, ut inde pretium seu solutionem debiti obtineret (*Gaius* IV. 28). *Pignoris capio* fiebat verbis solemnibus, sed non necessario apud Praetorem et plerumque etiam absente adversario, unde dubium est an esset *legis actio*. Quae *pignoris capio* a solemnitatibus libera post Antoninum Pium omnibus condemnationibus pecuniariis fuit applicata. — *b)* *bonorum venditio* (actio *Rutiliana* a praetore *Publio Rutilio*) in qua *bonorum emptor* titulo universali succedebat debitori, qui solvendo non erat, et tenebatur debita eius solvere. Actor causam vincens habebat optionem inter *manus iniunctionem* et *bonorum venditionem*, at utrumque medium executionis cumulare non poterat. (*Gaius* IV. 35.). — *c)* *apprehensio rei debita*; qui modus executionis fuit ignotus usque ad finem iuris classici; unde in systemate *formularum* condemnatio semper erat pecuniaria et venditio bonorum tendebat ad obtinendam summam pecuniae, qua fieret executio. Ad finem iuris classici data est actio *arbitraria* ad apprehendendam rem debitam supra quam dabatur *arbitrium* (90). Iustinianus vero voluit, ut condemnatio ferretur de re petita et actor ad illam obtinendam haberet manus militaris praesidium.

194. II. *Iure Iustiniano*: 1° Si sententia damnat ad dandam vel restituendam aliquam rem, sententia sine dilatione (91), secundum proprium tenorem, debet executioni mandari atque ad obtinendam possessionem pars victrix invocare potest *manum militarem* (92).

(90) D. 6, 1. de rei vindic. L. 68.

(91) Concurrente tamen iusta causa, iudex reo petenti dilationem concedere potest. D. 6, 1. de rei vind. L. 27. § 4; Inst. 4, 17. de offic. iudic. § 2.

(92) D. 6, 1, de rei vind. L. 68.

2º Si condemnatio est pecuniaria, executio quadrimestri tempore suspensa manet (93); potest praeterea limitari per *exceptionem quod facere potest* relate ad personas, quae illa exceptione gaudent et non tenentur solvere debita nisi deductis quae ad propriam sustentationem sunt necessaria (94).

Media ad obtinendam executionem sunt: *a) Pignoris capio*. Exhibita a parte victrice sententia, magistratus per *apparitores* (*viatores, executores*) procedit ad oppignorandam eam partem bonorum debitoris, quae est necessaria ad solutionem debiti, incipiendo a mobilibus et inde, si opus sit, progrediendo ad immobilia et ad iura, qua oppignoratione obtinet creditor ius hypothecae in bona sic oppignorata (95). Elapsis ab oppignoratione duobus mensibus, apparitor illa bona vendit et ex pretio solvit debitum creditori (96). — *b) Missio in possessionem*. Creditor potest obtinere inmissionem in possessionem bonorum debitoris, praesertim si debitor factus est contumax, vel propter concursum creditorum notorium est ipsum solvendo non esse; quae bona deinde venduntur per curatorem (*curator bonorum distrahendorum gratia*) (97). — *c) Coniectio in carcerem* publicum donec fuerit satisfactum debitum est executio personalis, quae datur cum executio in bonis non fuit sufficiens (98). Sed creditor debet providere debitoris sustentationi (99), qui praeterea ius habet liberationem obtinendi per *cessionem bonorum* creditoribus factam (cit. L. 1. C. 7, 71.).

(93) C. 7, 54. de usur. rei iudic. L. 1-3.

(94) D. 50, 17. de R. I. L. 17. Plures sunt personae, quae illo privilegio fruuntur. Cfr. v. gr. Iust. 4, 6. § 37. 38.

(95) D. h. t. L. 15. § 2. 3. 6. 8.; C. 8, 23. si in causa iudic. pign. capt. sit. L. 1.

(96) D. h. t. L. 31. i. f. Cf. quoque L. 3. C. h. t.

(97) C. 7, 72. de bon. auct. iud. pos. L. 10.

(98) C. 9. 5. de priv. carcer. inhib. L. 1.; C. 7, 71. qui bon. ced. pos. L. 1.

(99) D. h. t. L. 34.

V. De revocatione actus debitoris in fraudem creditoris.

« Actio Pauliana »

D. 42, 8. quae in fraud. cred. facta sunt, ut restit.

C. 7, 75. de revoc. his, quae in fraud. cred. alienat.

195. Quod damnatus solvendo non sit, facile inde potest provenire, quod is res suas alienaverit aut alia ratione in fraudem creditorum suum minuerit patrimonium. Ad hoc damnum evitandum datur creditoribus actio rescissoria (*Pauliana*).

Quae actio competit ad revocandos quoscunque actus iuridicos, quibus diminutum fuerit patrimonium, non vero respectu illorum actuum quibus neglectum fuerit patrimonii augmentum v. gr. repudiatio haereditatis (100). Requiritur tamen: 1° *Consilium fraudis* seu intentio damnum inferendi creditori (D. h. t. L. 6. § 9.) — 2° ut tertia persona cum qua actus nocivus positus est in fraude partem habuerit conscia doli debitoris, exceptis tamen donationibus, in quibus actio revocatoria vim habet ex solo dolo debitoris (101) — 3° requiritur *factum damni*, seu quod actus dolosus vere damnum intulerit creditori, debitorem in impossibilitate constituens debita solvendi; quae impossibilitas est comprobanda per venditionem bonorum, quae adhuc a debitore possideantur (102).

Quibus conditionibus extantibus actio Pauliana conceditur imprimis *curatori* qui omnes creditores simul sumptos repraesentat, deinde singulis creditoribus, qui ab actu doloso laesi sunt eorumque successoribus, contra ipsum debitorem et contra tertias personas quae partem habuerunt in actu doloso impugnato (103). — Tendit autem ad rescissionem actus

(100) D. h. t. L. 1. pr. et § 2-5. L. 2. 4. 25.

(101) D. h. t. L. 6. § 8. 11. 13. At creditor, qui etiam ante missionem in possessionem debiti solutionem recipit, etsi conscius quod debitor solvendo non sit, non potest conveniri actione Pauliana, cum iure suo utatur.

(102) D. h. t. L. 10. § 1. 6. 18.; C. h. t. L. 55.

(103) D. h. t. L. 1, pr. L. 7. L. 10. 11. 16. § 25.

dolosi, restituendo rem in pristinum statum, ita ut simul cum re alienata debeant restitui accessoria ac fructus percepti et percipiendi (D. h. t. L. 19. 22.; D. 22. 1. *de usuris* L. 38. § 4.). Actio non prodest si fuerit intentata post annum utilem ab habita probatione damni recepti ex actu doloso. (D. h. t. L. 6. § 14. L. 10. § 18. 24.).

VI. De poenis temere litigantium.

Inst. 4, 16. de poen. tem. litig.

196. Ius Iustinianum ad vitandas fraudes temere litigantium haec sancivit: 1° partes earumque advocati debent iureiurando asserere, se iustam litis causam credere (104) — 2° reus conventus, qui contra veritatem negat debitum (*infittatio*), certis in casibus damnatur *ad duplum* (Inst. h. t. § 1.) — 3° nonnumquam damnatio trahit secum *infamiam* (l. c. § 2.). — 4° pars victa damnatur ad expensas, excepto casu quo res controversa vere esset dubia. Contumax tamen expensas sustinet, tametsi victor evaserit. (D. *de legat.* II. (31.) L. 78. § 2.; C. 7, 51. *de fraud. et litis exp.* L. 5.; C. 3, 1. *de iudic.* L. 13. § 2-6.; Nov. 82. c. 10.

§ 5. DE EXTRAORDINARIA COGNITIONE ET INTERDICTIS.

197. Iam vigente systemate *legis actionum* et proceduræ *per formulas*, non raro acciderat, ut magistratus (*praetor*) loco remittendi causam ad iudicem, eam sibi retineret atque de ipsa re controversa pronuntiaret *extra ordinem*. Petitio eo in casu dicebatur *persecutio*, decisio magistratus *decretum*.

Casus in quibus magistratus per se ipsum *extra ordinem* pronuntiabat, praesertim respiciebant actus iurisdictionis voluntariae, sed etiam pertinebant ad nonnullas materias controversas v. gr. ad fideicommissa, ad restitutiones *in integrum*.

Magistratus *extra ordinem* pronuntiabat per *decretum* etiam

(104) Inst. h. t. pr. et § 1.; C. 2, 59. *de iureiur.* L. 2.; D. 3, 1. *de iudic.* L. 14. § 1.

in casibus, ad quos postea extensus est specialis procedendi modus per interdicta.

Praeterea plures erant relationes iuridicae maximi momenti, quae in *iure civili* non habebant praesidium alicuius actionis, v. gr. possessio, usus rerum publicarum. In iis aliisque negotiis necessario debuissent recurrere cives ad privatam iuris proprii tuitionem contra illius perturbatores, nisi praetor interposuisset suam auctoritatem per opportunum decretum ex sua potestate *imperii* datum.

Cum autem haec negotia nimium lapsu temporis multiplicarentur, et inde omnia a praetore personaliter cognosci non possent, nec ea remitti possent ad iudicem, quod in defectu actionis esset contra principium, *praetor ius facere non potest*, necesse fuit alio apto medio ius ad novas necessitates practicas aptare.

198. Ergo Praetor, loco decidendi rem *extra ordinem per decretum*, quod postulasset longum examen uniuscuiusque casus, edebat mandatum, quod dictum est *interdictum*, quia casus frequentior ille erat, quo praetor *prohibet aliquid fieri* (*Gaius* IV. 139. 140.); quo interdicto partibus intimabat aut alteri ipsarum, ut abstinerent ab aliquo actu, ut aliquid restituerent aut exhiberent (*interdicta prohibitoria, exhibitoria, restitutoria*). Erat mandatum conditionatum, quo aliquid imperabatur in hypothesis quod verae essent circumstantiae, unde motus esset ad illud dandum. Quare si pars, contra quam erat pronuntiatum *interdictum*, agnoscens veras esse condiciones obtemperabat, res erat finita; si obtemperare recusasset et deinde comperitum esset circumstantias esse veras, fiebat reus violati mandati, atque de violato mandato adversario respondere debebat.

Quare pars, quae *interdictum* in sui favorem obtinuerat, adversarium apud praetorem citabat, qui eum ad *sponsionem poenalem* obligabat, quam etiam praestabat actor (*restipulatio*). Ex tali sponsione et restipulatione nascebatur obligatio civiliter recognita et partes per *legis actionem* poterant a iudice petere pecuniam stipulatam.

Introducta procedura *per formulas*, praetor iam uti poterat facultate concedendi actiones atque ita ordinandi *iudicium*

in casibus a *iure civili* non praevisis. At ingenium romanorum proprium fuit, ut a mutationibus properato inducendis abhorrerent; atque inde factum est ut initio praetor non concederet actiones nisi ob negotia iuridica quae maximam haberent analogiam cum negotiis iure civili constitutis. Propterea illa ratio procedendi per interdicta satis expedita et commoda diu perduravit etiam sub systemate *formularum*. Cum praetor pedetentim suam extendit auctoritatem per introductas actiones a iure civili independentes, etiam processus per interdicta varias subiit mutationes. Quare primum abolita est *restipulatio*, et in interdictis exhibitoriis et restitutoriis reo concessa est facultas evitandi *sponsionem* per impetrationem *arbitri*, a quo mediante *formula arbitraria in factum concepta*, erat decidendum iuxta principia in interdicto contenta, utrum reo incumberet obligatio *restituendi* vel *exhibendi*; quodsi decisioni arbitri reus non pareret, is ab illo obligabatur ad reficienda actori damna (*quantum actoris interest*). Deinde etiam in interdictis prohibitoriis cessarunt *sponsiones poenales*, unde paulatim institutum iuridicum interdictorum perdidit suum peculiarem characterem et accessit ad ordinariam proceduram, considerando interdicta tamquam actiones extraordinarias.

199. Cum iam *iudicia extraordinaria* essent numero plurima, sub Diocletiano *ordo iudiciorum privatorum* penitus abolitus fuit.

Ab eo tempore, et praesertim deinde sub imperatoribus christianis, magistratus omnes habet iudicis functiones, non est necesse ab alio magistratu accipere *formulam* et ita omnia iudicia, in sensu iuridico iuris classici sunt *extraordinaria*, ut de suo tempore dicit Iustinianus § 8. Inst. de interd. 4. 15. « Quotiens extra ordinem ius dicitur (*qualia sunt hodie omnia iudicia*) ». Cfr. Zimmermann, Traité des actions (versio gallica ab Etienne) pag. 272. sq.

LIBER TERTIUS

DE IURIBUS REALIBUS

Praenotiones.

200. Fundamentalis iurium partitio illa est, qua iura dicuntur *patrimonialia*, si referuntur ad res, in quantum constituunt vel integrant proprium cuiusque patrimonium; quibus opponuntur iura *personalia* in sensu stricto, quo nomine veniunt iura, quae pro obiecto habent *proprium personam*, ut ius conditionis civilis, aut *personam* alterius, ut iura sic dicta familiae (*iura ad bona, iura ad personas*).

Omissis interim iuribus *personalibus*, de quibus in alio libro agendum erit in quantum non sint praecoccupata in libro secundo, iura patrimonialia dividuntur in *iura realia* et iura *obligationis* seu *crediti* (1): priora illa sunt quae rem aliquam corporalem immediate subiiciunt potestati iuridicae alicuius personae, quae proinde rem immediate sibi subiectam et obligatam habet, ita ut eam ubique sibi vindicare ut suam pos-

(1) Illa denominatio *iura realia* fundamentum habet in fontibus, in quibus tamen generatim habetur denominatio *ius in re* ad designandum ius quod immediate afficit ipsam rem: D. 47, 8. de vi bon. rapt. L. 2. § 2.; C. 39, 2. de praescr. 30. vel 40. ann. L. 8. § 1.; frequentius vero illa appellatio *ius in re* datur iuribus realibus distinctis a proprietate seu dominio: D. 39, 2. de damno infect. L. 19.; D. 9, 4. de nox. act. L. 30.; D. I. (30.) de legat. L. 75. § 5., quae appellatione *non romana iura in rem* haud raro vocantur. — Pariter romanae non sunt illae appellationes, *iura in personam, iura in rem*, ad designanda iura personalia. Praeterea prima illa appellatio *ius in personam* est aequivoca, cum possit designare ius in personam alterius; altera vero *ius ad rem* non est apta, quando obiectum obligationis non est praestatio alicuius rei. — Distinctio *iuris ad rem* et *iuris in re* descendit ex iure canonico. Cfr. cap. 40. in Sext. III. 4.; cap. 8. in Sext. III. 7. De ipsa vide Maynz, Cour de droit rom. (1831.) I. 76. Observ. 1.

sit; posteriora vero ea sunt, quae aliam personam obligant ad aliquid praestandum in favorem illius, qui tali iure gaudet, ideoque illam personam sibi *obligatam* habet (2).

Potestas iuridica in rem, quae cohaeret cum iure *reali*, vel est in *totam* rem comprehendendo omnes rei iuridicas relationes et tunc dicitur *dominium*, quo nomine venit complexus iurium, quae circa rem aliquam haberi possunt, a qua proinde omnes alii excluduntur; vel illa iuridica potestas in rem est dumtaxat *partialis*, ita ut alios non excludat ab habendo in eamdem rem similem potestatem iuridicam, et tunc ius reale dicitur *ius in re aliena*, *ius in re* vel simpliciter *ius*. Cfr. D. 39, 2. L. 13. § 1. L. 19.

Quae limitatio potestatis iuridicae in rem per ius alterius circa eamdem rem est diversa pro diversitate *iuris in re aliena*: ius romanum in sua ultima evolutione agnoscit quatuor species limitationis seu *quatuor iura realia distincta a dominio*, videlicet: *servitutem*, *emphyteusim*, *superficiem* et *pignus* seu *hypothecam* (3).

(2) Iura *patrimonialia* omnia habent illum communem characterem, quo a iuribus *personalibus* distinguuntur, quod sint obiectum commercii. Iura quoque *realia* proprios habent characteres distinctos, quibus differunt a *iure obligationis*. Nam: 1º) ius *reale* habet pro obiecto rem corporalem, ideoque deficit ipsa deficiente; *ius crediti* sive obligationis, cum pro obiecto habeat factum alterius personae, non necessario extinguitur ex hoc solo quod consecutio rei facta sit impossibilis — 2º) *ius reale* est directa relatio iuridica inter subiectum iuris et rem, quae est illius obiectum, unde est ius *absolutum* et independens a persona determinata; *ius obligationis* est iuridica relatio inter duas personas determinatas, quarum una ius habet exigendi, ut altera aliquid faciat vel omittat, ideoque est ius *relativum* — 3º) *ius reale* protegitur per actionem, quae potest exerceri contra quemcumque, qui eius exercitium impedit (*actio in rem*); *ius obligationis* protegitur actione, quae solum competit contra personam obligatam eiusque successorem titulo universali (*actio in personam*) — 4º) *ius reale* generatim habere potest exercitium continuum; *ius obligationis* cum pleno exercitio extinguitur.

(3) Ius haereditarium potest aliqua ratione considerari ut *ius reale*, cum sit independens a persona distincta ab ipso haerede, et de facto ius illud proteggit *actione reali* (*petitio haereditatis*). Nihilominus separatam habet tractationem, tum quia regitur peculiaribus legibus, tum quia est modus acquirendi complectens tum iura realia tum iura obligationis.

201. Iura realia, cum generatim admittant exercitium diuturnum seu continuum vel saepius repetitum, in praxim deducuntur per actus, qui praesupponunt vel includunt physicam quamdam potestatem in ipsam rem, quae ipsorum est obiectum. Quae physica in rem potestas (*detentio*) non semper est de facto coniuncta cum potestate iuridica in rem, cum haud raro actus proprii alicuius iuris realis ponantur ab eo, cui illud ius non competit: iuridicam tamen etiam in hoc casu meretur protectionem donec mediis iudiciariis fuerit demonstrata alterius iuri contraria, ne secus ordo publicus subvertatur, si arbitraria ratione, sub praetextu iuris, unusquisque posset rem in alterius potestate physica positam subtrahere. De facto ius romanum illi detentioni rei, sub certis conditionibus, tutelam iuridicam tribuit, eique sub nomine *possessionis* (vel *quasi-possessionis*) naturam indidit veri cuiusdam *iuris* (*ius possessionis*).

Cum *possessio* plures habeat consequentias iuridicas etiam relate ad iura realia, propter effectus iuridicos, qui possessioni a iure tribuuntur, tractationi de iuribus realibus brevis tractatio de possessione videtur esse praemittenda.

CAPUT I.

DE POSSESSIONE.

§ 1. NOTIO ET NATURA POSSESSIONIS.

D. 41, 2. de acquirenda vel amittenda possessione.

C. 7, 32. de acquirenda et retinenda possessione.

202. *Possessio* venit a *sedem ponere* et habetur ab eo qui rei insistit (1). Eius tamen notio valde difficilis est; licet enim inspecto iure naturali et vulgari ratione illam concipiendi sese nobis praebeat tamquam factum humanum simplicissi-

(1) « *Possessio appellata est (ut et Labeo ait) a sedibus quasi positio; quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν appellant* ». L. 1. h. t.

num, maxima tamen est difficultas in expendendis elementis, quae ipsum constituunt.

In genere ad possessionem duplex elementum concurrat: unum *materiale* quod consistit in *externa* relatione hominis ad rem; alterum *formale* quod in *interna* hominis ad ipsam rem relatione positum est. Elementum *materiale* potest designari nomine *detentionis*; *formale* est *animus* rem sibi adscribendi modo absoluto seu non momentanee, et modo exclusivo (2).

Definitionis hac in re difficultas multo magis excrescit, si eam ex romano iure quis depromere pertentat. Dum enim sunt, qui denegant verum et integrum systema possessorum romanos habuisse (v. gr. *Meischeider*, *Bekker*, *Pernice*, etc.); alii e contra perfectum systema apud ipsos agnoscunt (v. gr. *Ruggieri*, *Scheurl* etc.).

Admissa hac altera sententia, possessionis definitio haec esse potest: *detentio rei physica (aut aliud factum iuridice aequipollens), vi cuius quis actu vel potentialiter exercet activitatem suam in rem exclusive et non momentanee, et cui interdum efficacia a lege tribuitur et tutela.*

203. Circa *naturam* possessionis praesertim quaestio fit, num *in facto*, vel *in iure* aut *in facto simul et in iure* consistat (3). Quae quaestio, ex qua aliae plures descendunt, ex eo oritur quod possessioni plurimi effectus iuridici agnoscantur. Quibus effectibus innixi quidam contendunt possessionem consistere *in iure*; dum e contra alii animadvertentes hos effectus extrinsecus accedere, nec ipsam naturam ingredi possessionis, contendunt consistere in simplici *facto*, prout ceteroquin ipsa ratio naturalis docere videtur. Alii demum ad

(2) *Ruggieri*, Il possesso I. 39.

(3) In fontibus memoratur *ius possessionis*; praeterea de possessione modo dicitur eam esse « *rem facti non iuris* » vel magis facti quam iuris; modo videtur asseri esse *res iuris*. — D. h. t. L. 1. § 3. L. 44. pr. L. 49. § 1.; D. 43, 8. L. 2. § 38.; D. 48, 6. ad leg. Iul. de vi pub. L. 5. § 1.; D. 43, 17. uti possid. L. 2. Sed illa quaestio momentum habet potius theoricum quam practicum, cum influxum non habeat in definiendis effectibus iuridicis possessionis.

utriusque sententiae conciliationem intendentes, simulque aequam partem naturae iuridicae et naturae physicae concedere arbitantes, contendunt possessionem, tum *in facto*, tum *in iure consistere*.

Gravis quoque exardescit quaestio, *quonam fundamento in-nixus* legislator *tutelam iuridicam* possessioni concessit. — Et quidam fundamentum tutelae iuridicae inveniunt in ipsa *possessionis natura*, quae possessio protectionem ex sese expostulat. Scilicet possessio defensa fuit veluti praesumptum dominium, vel uti dominium incipiens, vel uti dominium possibile, vel uti dominium momentaneum, vel uti domini externa facies. — Alii fundamentum quaerunt *extra naturam possessionis*, seu ab extrinseco; adeo ut possessio protectionem mereatur non quatenus possessio, sed potius quatenus iniuria in ipsam est iniuria in personam possessoris, vel in voluntatis humanae libertatem. — Non desunt, qui *ex iuris historia* quaestionis solutionem exquirant.

§ 2. DIVISIO POSSESSIONIS.

I. Possessio civilis et naturalis.

204. a) *Possessio civilis et naturalis in genere*. — Non omnes conveniunt in explicanda hac divisione. Inter diversas sententias (quas refert *Ruggieri* I. 88. sq.) plures et maximae notae sectatores illa habuit, quam proposuit *Savigny*, iuxta cuius doctrinam *civilis* est possessio ad usucapionem, *naturalis* est nuda detentio, praeterea habetur *possessio ad interdicta* quae simpliciter dici potest possessio (4).

(4) Ratio cur *civilem* solummodo appellaverit possessionem ad usucapionem in eo est, quod usucapio revera dici potest effectus a *lege civili* tributus, dum possessioni *interdicta* tribuuntur a *iure praetorio*. At derivatio a iure praetorio non videtur esse ratio sufficiens cur illa possessio non dicatur *civilis*; licet enim interdum *ius civile* opponatur *iuri praetorio*, tamen etiam alium habet latiore sensum, ita ut et *ius praetorium* comprehendat. Inst. 1, 2. de iur. nat. etc. § 1.; D. 1, 2. de orig. iur. L. 2. § 5. 12. Quodsi distinctio possessionis in possessionem civilem ad usucapionem et possessionem civilem ad *interdicta* videtur inniti in iuris textibus (cfr. L. 1. § 15. D. h. t.; D. 41, 3. de usurpat. et usuc.

Generatim videtur dicendum, quod si factum possessionis *in se* consideratur seu *in suis naturalibus elementis*, quae possessionem constituunt, haec *naturalis* dicenda est. Si vero factum possessionis consideratur *in relatione ad ius*, a quo mutuatur perfectionem, vel a quo vim gignendi aliquem effectum iuridicum accipit, haec *civilis* est appellanda.

Porro duplex illud genus possessionis esse admittendum evincitur 1° *ex natura rei*, nam semel admissio quod legislatio romana, quocumque demum titulo id fecerit, possessionis factum tuendum suscepit eique effectus iuridicos tribuerit, iam patet possessionem sub duplici memorato respectu considerari posse, 2° id ipsum evincitur ex fontibus. Cfr. L. 3. § 3. L. 24. h. t. D.; L. 3. § 15. D. ad exhib. 10, 4.; D. 24, 1. de donat. int. vir. et uxor. L. 26.; D. 45, 1. de V. O. L. 38. § 7. 8.; C. h. t. L. 10.

Cum vero ex una parte evolutio iuris civilis circa *factum* possessionis talis sit, ut interdum illud factum non omnia elementa, quae naturalem possessionem constituunt, requirat, et vicissim aliquid aliud ulterius saepe postulet; ex alia vero parte ad possessionem naturalem constituendam solum requirantur elementum materiale detentionis et elementum formale animi, duo haec consecutaria sunt inferenda: 1° *possessio civilis* potest quidem esse *simul* in eodem subiecto cum *possessione naturali*, sed illi duo modi possessionis possunt etiam esse separati *in diversis subiectis*, si unum aut utrumque elementum possessionis naturalis in uno subiecto deficiat et penes alterum inveniatur; unus possidebit *civiliter*, alter *naturaliter* (5). 2° *possessio civilis* tum tantum adesse potest,

L. 16. L. 33. § 4.), in quibus unus possidet ad usucapionem alter ad interdicta, et inde a nonnullis distinguitur possessio *perfecte civilis*, si omnimodo in iure recognoscitur seu tum ad usucapionem tum ad interdicta; et *imperfecte civilis*, si solum recognoscitur ad alterutrum; at merito ab aliis impugnatur ut non necessaria illa distinctio, quia utraque possessio civilis est (cfr. L. 25. D. 41, 3. iunct. *Gaius* IV. 153.), licet admittatur ad distinctionem effectuum iuridicorum illam loquendi rationem utilem esse posse.

(5) Ita v. gr. quoad *peculium* esse potest *possessio civilis* penes patrem-

cum eiusdem subiectum et obiectum habent capacitatem *iuridicam*; dum in *naturali* sufficit capacitas naturalis.

205. b) *Possessio civilis et naturalis in specie.* — Difficultas quae versatur circa distinctionem possessionis in naturalem et civilem in abstracto seu in genere, eadem exurgit in concreto sive in specie; ideo controversiae plures et graves habentur circa naturam possessionis in pluribus casibus particularibus, utrum civilis possessio sit an naturalis v. gr. illius qui accepit precario, in casu sequestri, superficiarii, possessoris agri vectigalis et emphyteutici, creditoris pignoratarii, missi in possessionem.

II. *Possessio iusta et iniusta, vitiosa et non vitiosa.*

206. I. *Iniusta* est possessio, quae vitio intrinseco in sua causa afficitur. — *Vitiosa* illa est, quae in sua causa extrinseco vitio affecta est (6). Cum iniustitia complectatur vitium veluti maius comprehendit minus, hinc est quod possessio iniusta est semper vitiosa, et non e converso. Quod probatur ex possessione *precario* obtenta, quae utique *vitiosa* est, quin tamen sit *iniusta* (7).

II. Illa divisio possessionis in *iustam* et *iniustam* relationem habet *ad usucapionem*. Nam *interdicta* generatim spectant ad possessorem, quin distinctio fiat inter iustum vel iniustum (8). — *Iusta* autem *absolute* est possessio, quae cum

familias aut dominum, et *naturalis* penes detentorem peculii, filium aut servum. Idem dicendum de colono, inquilino, commodatario, depositario, fructuario, qui *naturaliter* possident, dum possessio *civilis* penes dominos existit.

(6) In L. 7. C. h. t. improba seu vitiosa possessio opponitur possessioni iustam causam habenti.

(7) Nam qui accipit precario sine dubio iuste possidet, cfr. D. 6, 2. de Public. in rem act. L. 13. § 1. Titulus tamen precarii impar est ad dominium gignendum per usucapionem, quia possessio ad usucapionem et precarii conditio inter se prorsus pugnant (*Gaius* IV. 151.; D. h. t. L. 13. § 1. 13. L. 53.). Ceterum divisiones praedictae haud semper in iure sedulo distinguuntur. Interdum possessio precario, quae vitiosa est, iniusta appellatur, cfr. D. 43, 17. L. 1. § 9. iunct. L. 2.

(8) Cfr. Inst. IV, 15. de interd. § 6. init.; D. h. t. L. 53.; D. 43, 17.

dominio connectitur, et sub hoc respectu iusta causa possessionis illa eadem est, quae dominium transfert (*Gaius* IV. 151.; *Ulpianus* XIX. 7.; D. 41, 1. *de acquir. rer. dom.* L. 31. pr.): hoc tamen non requiritur, sed sufficit illa possessio simplex, quae iusta vel iniusta dicitur pro diversitate causae, vi cuius comparatur. Quapropter *naturalis possessio* potest esse iusta vel iniusta.

III. Quoad *vitiosam* vel *non vitiosam* possessionem, haec divisio relationem habet ad accessionem possessionis in interdicto *utrubi* (cfr. *Gaium* IV. 149. sq.). Quod interdictum dabatur circa *mobiliū* possessionem (9), et is vincebat, cuius possessio iuncta cum possessione alterius superabat in illo anno possessionem adversarii (10). Locus ergo fiebat accessioni temporis, dummodo tamen possessio utriusque temporis non fuisset vitiosa (11).

III. Possessio bonae fidei et malae fidei.

207. Possessio est *bonae* vel *malae fidei* prout possessor credit aut non credit se habere ius possidendi, seu prout eo modo quo possidet credat alteri non irrogare iniuriam aut irrogare. Quae distinctio non coincidit cum praecedenti divisione possessionis in iustam et iniustam.

Possessor *malae fidei* gaudet interdictis possessoriiis sicut possessor *bonae fidei*; sed possessor *bonae fidei* comparatur quasi

uti possid. L. 1. § 9.; D. 43, 19. *utrubi* L. un. § 1. Iniustitia aut iniustitia attenditur cum agitur per interdicta adversus eum, a quo quis iniuste detinet, nisi hic quoque iniuste fuisset antea deiectus ab eodem, in quem agit.

(9) Circa *immobilia* dabatur interdictum *uti possidetis*. *Gaius* l. c.

(10) Exinde profluit aliud discrimen inter divisionem iustae et iniustae possessionis et divisionem vitiosae et non vitiosae. Nam in priori divisione *iniustitia* attenditur *ad omnes*; in altera divisione iniustitia vel potius *vitium* attenditur *dumtaxat ad collitigantem*. *Gaius* IV. 150.

(11) *Gaius* IV. 151.; D. h. t. L. 13. § 13. Hic iuvat animadvertere, quod collectores plurima iuris fragmenta, quae ad interdictum *utrubi* pertinebant, ad doctrinam *usucapionis* converterint. Inde plurimae ortae difficultates, cum ratio iniustitiae in possessione diversa sit quoad interdictum *utrubi* et quoad *usucapionem*.

domino, sc. donec verus dominus compareat, et aliis gaudet iuribus, quorum summa haec est: 1° acquirit fructus simplici a fundo separatione (D. 41, 1. *de acquir. rer. domìn.* L. 48.) — 2° ius habet generatim loquendo ad expensas in rem factas — 3° lapsu temporis usucapione lucratur dominium (C. 7, 33. *de praescr. long. temp.* L. 2.) — 4° defenditur interdictis et actionem in rem *Publicianam* proponere potest. (D. 6, 2 *de Public. act.* L. 3. § 1.).

IV. *Possessio corporis — Possessio iuris.*

208. *Possessio corporis* est de re *corporali*. *Possessio iuris*, quae etiam dicitur *quasi-possessio*, est possessio iuris servitutis. — Quae *possessio iuris* originem dat interdictis, sicut *possessio corporis*, et dicuntur interdicta quasi-possessoria.

§ 3. DE SUBIECTO ET OBIECTO POSSESSIONIS.

209. Capacitas possidendi supponit capacitatem iuris proprietatis; unde illa capacitas negatur iis, qui iuris proprietatis incapaces sunt, velut servis (12), iis qui passi sunt *maximam capitis diminutionem* (13), et vicissim agnoscitur iis, qui licet actus voluntatis capaces non sint, iurium patrimonialium sunt capaces, ut sunt infantes et dementes. D. h. t. L. 1. § 20. 22. L. 2.

Idem fere principium valet de *obieto*. Quare: 1° obiectum possessionis esse non possunt res, quae obiectum proprietatis esse non possunt, ut res incorporales et res extra commercium — 2° eadem res ex integro non potest eodem tempore a duobus possideri, sicut non potest ad duorum proprietatem pertinere (14) — 3° partes vero sive intellectuales sive

(12) Iure antiquo filiusfamilias fuit in hac re servo aequiparatus, sed ipsius incapacitas sublata est iure novo. Inst. 2, 9. per quas pers. § 1.; D. 41, 3. *de usurp. et usucap.* L. 4. § 1.

(13) D. h. t. L. 23. § 1.

(14) D. h. t. L. 3. § 5. Sed sub diverso respectu et cum diversis effectibus eadem res a pluribus possideri potest, v. gr. creditor et debitor pignoratitius rem oppignoratam possident, primus ad interdicta, secundus ad usucapionem. D. 41, 3. *de usucap.* L. 16.

reales alicuius rei possunt esse obiectum possessionis, sicut possunt esse obiectum proprietatis (15) — 4^o similiter mobilia, quae pertinent ad totum aliquod compositum, sicut proprietatis, ita et possessionis obiectum particulare esse possunt, quando non obstante unione cum toto suam propriam individualitatem et peculiarem formam retinent (16).

§ 4. DE CONSTITUTIONE SIVE ACQUISITIONE POSSESSIONIS.

210. Ad possessionis acquisitionem requiritur elementum *corporis* et *animi*: « adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore » D. h. t. L. 3. § 1. — Elementum corporis, quamvis stricte loquendo consistat in ipsa materiali rei apprehensione, tamen prout fuit elaboratum a iurisprudentia ad formam liberiores pervenit. Elementum animi plurimis dat locum controversiis: videtur tamen tenendum requiri *animum possidendi* (non *animum domini*), qui voluntatem comprehendit rem detinendi nomine proprio et non momentanee.

Possessionem tamen acquirere possumus sive per nosmet-ipsos sive per alios.

I. De acquisitione possessionis per actum proprium.

211. Ad determinandum modum acquisitionis possessionis per actum proprium, triplicem oportet distinguere casum: *occupationem* rei a nullo possessae, *traditionem* a possessore factam, *usurpationem* possessionis ab altero possidente.

a) *Occupatio* rei, quae in nullius est possessione, requirit materiale rei apprehensionem; hic enim est unicus modus, quo rem, quae omnibus ad possessionem patet, nobis vindicamus ad exercendam in ea propriam activitatem cum aliorum exclusionem. — Quare in re *immobili* pedibus insistere oportet, licet necessarium non sit eam per totum decurrere (D. h. t. L. 3. § 1.). Res vero *mobilis* manu apprehendenda est (D. h. t. L. 3. § 3.). Relate ad venationem, qui est casus

(15) D. h. t. L. 26.; D. 10, 3. de comm. div. L. 8.

(16) D. h. t. L. 30.; D. 41, 3. de usurp. et usucap. L. 30. § 1.

particularis, non sufficit laesio atque adeo mors animalis, sed requiritur apprehensio (17), quae tamen fieri potest aut per venatorem aut per aliquem ex sociis vel per canem; quamvis venator subiicitur actioni legis Aquiliae, si damnum in alieno fundo causet, et actioni iniuriarum si alienum agrum penetrat non obstante domini prohibitione (18).

b) *Traditione* eius personae quae possidet, possessio acquiri potest etiam sine physico contactu seu materiali apprehensione (19). Itaque traditio est valide facta: 1° si physice apprehendo rem, sine contradictione possessoris (D. 6, 1. *de rei vind.* L. 77.), — 2° per inductionem rei in domum aut etiam in praedium tali modo ut auferri non possit v. gr. quia praedium est circumseptum aut quia res fuit in terra abscondita (D. h. t. L. 3. § 14. 15. L. 14. pr. L. 18. § 2.) — 3° si possessor *in rei praesentia* declarat se nobis eam tradere (cit. L. 18. § 2.). Quae traditio ab interpretibus dicta est *traditio longa manu* (Arg. D. 46, 3. *de solut.* L. 79) — 4° si possessor aedificii vel loci claves mihi tradit in praesentia ipsius aedificii vel loci in finem aedificii seu loci possessionem transferendi, rerum in eo contentarum, etiam quoad res in loco clausas, sufficiens est traditio (D. 18, 1. *de contr. empt.* L. 74.) — 5° si a possessore tituli proprietatis alicuius rei mihi tradantur in ipsius rei praesentia, quae traditio tituli aequivalet traditioni rei (*traditio longa manu*) cum se privet probatione sui iuris (cit. L. 74. *de contr. empt. iunct.* C. 8, 54. *de donat.* L. 1) — 6° si sigilli imprimantur rei tradendae, possessore non contradicente, at in iis circumstantiis in quibus illa sigilli impressio significet voluntatem rei apprehendendae. (D. 18, 6. *de peric. et comm. rei vend.* L. 1. § 2. L. 14. § 1.) — 7° si quis iam detinet rem tradendam,

(17) Inst. 2, 1. *de rer. divis.* § 13.; D. 41, 1. *de A. R. D.* L. 3. § 1.

(18) D. 9, 2. *ad leg. Aquil.* L. 29. pr. *iunct.* L. 28.; D. 41, 1. *de A. R. D.* L. 3. § 1. *iunct.* D. 47, 10. *de iniur.* L. 23.

(19) D. h. t. L. 1. § 21. « Non est enim necesse corpore et actu apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu: et argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas: nam pro traditis eas haberi si in re praesenti consenserint... ».

sola conventio cum possessore illam detentionem convertit in possessionem iuridicam, *traditio brevi manu*, quae nullum actum externum apprehensionis requirit. (Inst. 2, 1. *de rer. divis.* § 44.).

c) *Usurpatio possessionis ab alio possidente*, requirit contactum materiale seu physicum rei possidendae eumque talem qui rem ponat in nostra potestate, loco actualis possessoris. Quod fieri potest vel *per vim* vel *clandestine*. — *Per vim* habetur usurpatio possessionis rei immobilis, si actualis eius possessor vi deiectus est, vel metu fugatus sit; si possessore absente alius rei insistat ac possessor revertens ingredi prohibeatur aut metu arceatur ne regredi contendat (20). Sed ut mihi per vim auferatur possessio rei immobilis, satis non est ut alius *clandestine* in eam ingrediatur seu eidem insistat, quae circumstantia non facit, ut res in mea possessione esse desierit, cum sese clam intrudentem eiicere possim; iam vero violenta deiectio a possessione importat impedimentum mihi positum ut in rem regrediar. (D. h. t. L. 25. § 2.). Contraria fuit iuris antiqui dispositio (D. h. t. L. 6. § 1.), quam tamen iam classici iurisconsulti deseruerunt. Quare usurpatio *clandestina* possessionis alterius locum non habet nisi in rebus mobilibus.

II. De acquisitione possessionis per alios.

212. In acquisitione possessionis per alium duplex elementum, quo possessio constituitur, inter duas personas veluti distribuitur, quarum una, quae acquirit possessionem, habet *animum possidendi*, altera *corpus possessionis* sive actualem apprehensionem. Quae duo elementa, ut in unum confluant opus est, ut possessionem apprehendens id faciat pro alio seu intuitu principalis, et principalis intentionem habeat acquirendi per alium. Si illa relatio existit inter eum qui sibi acquirere vult per alium et hunc mandatarium qui alteri vult acquisitionem perficere, revera acquisitio completur (21). Dan-

(20) D. 43, 16. de vi L. 1. § 24, 29.; D. h. t. L. 7. iunct. L. 6. § 1.

(21) « Possessionem acquirimus animo et corpore; animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno ». *Paulus* V. 2. § 1.

tur tamen casus, in quibus etiam sine illa voluntate per alium possumus illam possessionem acquirere. Quare hac in re possumus distinguere duplicem hypothesim.

213. 1^o *Si concurrat voluntas acquirentis*. Possumus acquirere possessionem rei per alium, qui veluti mandatarius nos suppleat in *apprehensione rei*, quo in casu fit, ut incipiamus possidere etiam eas res quae adhuc sunt sub potestate physica alterius, modo is voluntatem habeat detinendi rem pro nobis et nos voluntatem possidendi per ipsum.

a) *Prima conditio* est ut mandatarius voluntatem habeat detinendi rem pro nobis (L. 1. § 19. 20. h. t. (41, 2.). Inde necessarium est, ut is per quem volumus possidere deliberatam habere possit voluntatem (*intellectum possidendi*, L. 1. § 9. 10. h. t.). — Determinare autem utrum in alio existat illa voluntas *rem pro nobis detinendi* est quaestio facti in singulis casibus decidenda. — Illud tamen est animadvertendum, mandatarium pro nobis acquirentem non necessario debere habere intentionem *immediate* pro nobis acquirendi dum rem physice apprehendit seu detinet; sufficit ut rem acquirat pro se, habendo intentionem sese statim convertendi in possessorem seu detentorem pro alio (22).

Si res *pro nobis alteri traditur*, satis est ut hic rem accipiat sine manifestatione intentionis contrariae ut intelligatur pro nobis accepisse et possessio nobis acquiratur, cum in acceptione rei non coniuncta cum manifestatione intentionis contrariae *faciat suam* intentionem tradentis; nec esset attendenda in iure posterior declaratio quod rem pro se, non pro persona a tradente indicata acceperit (23).

(22) Ita videntur in concordiam redigendi textus Pandectarum qui videntur inter se contrarii: *Neratius* fr. 13. pr. (41, 1.); *Ulpianus* fr. 20. § 2. eod.; *Callistratus* fr. 59. eod.; *Ulpianus* fr. 42. § 1. h. t. (41, 2.); *Scaevola* fr. 135. § 2. de verb. oblig. 45, 1.

(23) *Ulpianus* fr. 13. de donat. 39, 5. « et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi acquirat, ille quasi sibi acquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit ». Cui doctrinae non proprie contradicit textus *Iuliani* fr. 37. § 6. D. de acqu. rer. domin. 41, 1. « et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac

Constitutum possessorium. — Intentio rem pro alio possidendi potest existere a principio, aut manifestari postea, si scilicet qui possidebat pro se, deinde incipiat velle detinere rem pro alio, qui casus denominatur *constitutum possessorium*. Consistit ergo hoc constitutum possessorium in hoc, quod qui *iuridice* rem possidet declaret se velle in posterum rem detinere nomine alterius, qui eius possessionem vult acquirere, quo in casu nulla requiritur rei apprehensio, cum is, qui alterius nomine rem vult detinere, eam iam habeat in sua physica potestate (24).

b) Altera conditio ad acquirendam possessionem per procuratorem est intentio seu voluntas possidendi rem, quam procurator nostro nomine detinet. Modus autem ordinarius hanc voluntatem manifestandi est mandatum procuratorium alteri datum ad acquirendam pro nobis possessionem; quod mandatum tamen potest esse vel *speciale* vel implicite contentum in mandato *generali* administrandi res nostras, quo sensu in fontibus dicitur: « *per procuratorem etiam ignoranti acquiritur possessio* » (25).

2º *Acquisitio possessionis per alium sine voluntate acquirentis.* Regula generalis de necessitate intentionis seu voluntatis in acquirente possessionem per alium suas habet exceptiones. Nam: *a)* personae iuridicae acquirunt possessionem per eos, a quibus repraesentantur (26) — *b)* pupillis pariter etiam ignorantibus acquiritur possessio per suos tutores (27) — *c)* paterfamilias per filiumfamilias sub potestate constitu-

mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur ». Qui ultimus textus videtur intelligendus de voluntate procuratoris *exteriorius manifestata*, quam contrariam manifestationem nihilominus subsequuta sit traditio, hoc enim ipso tradens in illam contrariam voluntatem videtur consentire. Cfr. *Arndts-Serafini*, Pandette I. § 140. not. 4.

(24) Cfr. L. 18. D. h. t. (41, 2.); L. 77. D. de rei vindic. 6, 1.; L. 28. 35.

(25) Inst. 2, 9. per quas pers. nob. acqu. § 5.; D. 41, 2. de acqu. poss. L. 49. § 2.; D. 41, 3. de usurp. L. 47.

(26) D. h. t. 41, 2. L. 1. § 22. L. 2.; D. 10, 4. ad exhib. L. 7. § 3.

(27) D. h. t. 41, 2. L. 1. § 20.; D. 41, 1. de acq. rer. dom. L. 13. § 1.

tum et dominus per servum etiam ignorantes acquirunt possessionem, praesertim cum illi rem apprehendunt occasione peculii, cuius administratio est ipsis permissa (28).

III. De acquirenda iurium quasi-possessione.

214. In iure proprietatis, quae integrum rei corporalis dominium complectitur, habetur exercitium materiale occupationis vel apprehensionis rei (*possessio corporis*). Sed romani in *iuribus in re aliena* admiserunt etiam institutum possessorium, considerando tamquam obiectum possessionis ipsum ius (29); quod ius in re aliena potest quis *legitimo titulo* habere vel mere *de facto*, si re aliena actu fruitur quasi ius in ea haberet, praesertim relate ad illa iura in re quae admittunt continuum exercitium. Praesertim vero agnita est quasi-possessione iuris in servitutibus vel aliis iuribus formam servitutis habentibus (30).

Scholion. Ius canonicum multum ultra limites iuris romani extendit quasi-possessionem iurium, eam enim non circumscripsit ad res *corporales*, sed admisit etiam in officiis et dignitatibus, beneficiis et praebendis, in iurepatronatus aliisque ad provisionem beneficiorum pertinentibus, in decimis aliisque tributis seu praestationibus atque adeo in matrimonio, considerando speciem quasi-possessionis status matrimonialis, in relatione inter virum et feminam, quae externam habeat figuram seu speciem matrimonii.

215. *Acquisitio* quasi possessionis fit, proportionem servata, secundum regulas de possessione corporalis rei acquirenda.

I. *Quasi-traditio* servitutis *personalis* fit iisdem modis quibus traditio rei. (D. 7, 1. *de usufr.* L. 3. pr.).

(28) D. h. t. L. 1. § 5. L. 3. § 12. L. 4. 24. 44. § 1.

(29) *Arnolds-Serafini* l. c. I. § 129.

(30) Ex quatuor iuribus realibus excluditur *hypotheca*, quae exercitium continuum non admittit. Multum disputatur de *superficie* et *emphyteusi*, dum alii superficiario et emphyteutae tribuunt *iuris quasi-possessionem*, alii iuridicam rei ipsius possessionem (*possessionem corporis*).

II. Quasi-traditio servitutis *praedialis* habetur: 1° si servitus exercetur sine contradictione possessoris fundi (31).

2° si possessor in praesentia praedii seu fundi declaret se concedere servitutem (32).

3° si duorum praediorum dominus, alterum ea lege dat, ut id praedium quod datur serviat ei quod iure retinet, traditio praedii implicat servitutis quasi traditionem, quia praedium non traditur, nisi *deducta servitute*. Vicissim praedium acquirens, si servitutem in favorem praedii acquisiti stipulatur, eam quasi-traditam habet cum traditione praedii, cuius est accessoria (33).

4° sola conventio aequivalet quasi-traditioni, cum acquirens servitutem iam ante conventionem *de facto* eius exercitium habuit (34). Idem dicendum est de servitutibus, quae consistunt in non faciendo, quarum acquisitio habetur per solum factum conventionis et per omissionem actionis contra ius servitutis (35).

III. *Usurpatio* quasi-possessionis servitutis, supponit contradictionem sive oppositionem factam a possessore ipsius rei (36).

§ 5. DE EFFECTU POSSESSIONIS.

*I. 4, 15. de interdictis. D. 43, 1. de interdict.
sive extr. act. C. 8, 1. de interdictis.*

216. Iuridicus effectus possessionis est (37) quod dat locum *interdictis possessoriiis*. De interdictorum notione et vi iam

(31) D. 6, 2. de Public. act. L. 11. § 1.

(32) L. 11. § 1. cit.

(33) Argumento D. 8, 4. commun. praed. L. 3.

(34) Arg. Inst. 2, 1. de rerum divis. § 44.

(35) D. 8, 5. si serv. vindic. L. 6. § 1. in medio.

(36) Cit. L. 6. § 1. i. f.

(37) Quod in actione *vindictoria* possessor relevetur ab onere probandi, non videtur *effectus* possessionis proprie dictus; sed id inde provenit, quod in actione vindictoria actor est qui non possidet, et actori onus probandi incumbit. Quodsi possessio inservit ad acquirendum dominium per usucapionem, etiam illa dominii acquisitio nequit recenseri inter *effectus* possessionis.

actum est, cum sermo esset de mediis iuridicis ad publicam tuitionem iurium concessis. Nunc breviter sunt addendae regulae in eorum usu servandae ad complendam tractationem de possessione, omissis interdictis *adipiscendae* possessionis, quae huius non sunt effectus.

a) *Regulae communes omnibus interdictis possessoriiis.*

217. 1^o Interdicta possessoria dantur per modum *actionis personalis*; unde generatim dantur contra spoliante[m] vel contra turbante[m] possessionem. Contra tertium detentorem rei, a qua quis spoliatus fuit, potius datur actio vindicatoria (38).

2^o controversia seu quaestio in interdictis possessoriiis versatur unice de possessione; qui petit causam vincit hoc solo quod suam possessionem probet et factum ablatae vel turbatae possessionis; nec is a quo petitur, seu reus conventus in iudicio possessorio, potest excipere ius proprietatis aut aliud quodvis ius circa rem, salva exceptione *vitiosae possessionis*.

3^o Interdicta possessoria spatio unius anni praescribuntur; sed intra 30 annos reclamari potest per actionem *in factum* quidquid adversarius utilitatis percepit ex ablata vel turbata possessione.

b) *De interdictis retinendae possessionis.*

218. Ut alibi dictum est duo sunt haec interdicta: *uti possidetis* pro immobilibus; *utrubi* pro mobilibus (39); quae hisce regulis subiacent:

(38) D. 43, 16. de vi, L. 7.

(39) Iure classico interdictum *Utrubi* hoc habuit speciale, quod per ipsum possessio adiudicabatur illi parti, quae pro tempore diuturniori possessionem habuisset in anno emissionem interdicti praecedente, tempus autem numerabatur retrorsum (*Gaius* IV. 150. 152.); nec necessaria erat possessio sex mensium. Nihilominus possessio debuit esse iusta relate ad adversarium. Quare qui possessionem rei mobilis amisisset, ne interdictum esset praescriptum, debuit agere antequam novus possessor sex mensium possessionem compleret. Postea vero interdictum *Utrubi* in omnibus assimilatum est interdicto *Uti possidetis*. Cfr. § 4. Inst. h. t.

1° supponunt turbatam esse *de iure* possessionem non mere *de facto* sc. in ordine ad contestandam alteri possessionem (Arg. Inst. h. t. § 4.); turbatio *de facto* dat ius ad agendum pro damno et interesse, non ius obtinendi interdictum.

2° qui petit interdictum causa cadit, non solum si non probat possessionem et eius turbationem per adversarium factam, sed etiam in casu, quo possessio sit *iniusta* respectu adversarii, qui eo in casu opponit *exceptionem vitiosae possessionis*, eaque probata vincit in possessorio. Non censetur autem *turbatio* possessionis fieri ex parte illius, qui *vi, clam* aut *precario* sua possessione ab alio spoliatus est. D. 43, 17. *uti possid.* L. 1. § 5. 9.

3° interdicta *retinendae* sunt *duplicia* seu *mixta* respectu utriusque partis contententis, cum generatim antecederet ignoretur ad quemnam vere pertineat possessio. (Inst. h. t. § 7. i. f.). Quare cum in actione simplici, qui petit non damnatur, sed eius actio repellitur; hic tam qui petit, quam is a quo petitur damnari potest, v. gr. actor ad restituendam possessionem quae probata est iniusta relate ad suum adversarium. (Cit. § 7. Inst.).

Consequenter, si quis est iniuste spoliatus possessione, potest illam *recuperare* per ipsum interdictum *Uti possidetis* vel *Utrubi* quod fungatur vice interdicti *recuperandae*. Nam, ut modo dictum est, quando spoliator exercet interdictum in spoliatum qui spoliatoris turbavit possessionem, interdictum fit *recuperandae* favore spoliati *conventi*, ergo debet etiam esse *recuperandae* in favorem spoliati *actoris*, secus partium conditio non esset aequalis.

c) *De interdictis recuperandae possessionis.*

219. 1° In hac re habentur interdictum *Unde vi* contra violentam spoliationem possessionis rei immobilis, et interdictum *de precario*, quod datur ei qui rem alicui precario concessit adversus eum qui rem precario accepit, ut res precario accepta restituatur. Sed ut dictum est agendo de interdictis *retinendae*, etiam duo illa interdicta *Uti possidetis* et *Utrubi* po-

terant inservire ad recuperandam possessionem rei sive immobilis sive mobilis, a qua quis iniuste fuisset spoliatus, sive per vim, sive clandestine sive a precarista.

Antiquo iure romano etiam dabatur interdictum *de clandestina possessione* pro casu quo quis amisisset possessionem rei immobilis per ingressum *clandestinum* alterius in ipsam, sed iure classico simul cum illa causa amissionis possessionis abolitum est interdictum. D. 41, 2. de acqu. vel amitt. poss. L. 25. §. 2.

2° Illud de interdictis *recuperandae* est animadvertendum, quod haec maiorem habent favorem, quam interdicta *retinendae*; nam interdicta *recuperandae* dantur etiam iniuste possessionem per spoliationem alterius obtinenti, si vicissim spoliatus spoliū patrat contra suū spoliatorem, nec in casu opponi potest *exceptio vitiosae spoliationis*, saltem iure Iustiniano (40). Cuius rei iuridica ratio est, ne quis sibi ius dicere permittatur.

d) *De relatione inter iudicium possessorium et petitorium.*

220. 1° Cum coeptus est processus *in possessorio*, neutra pars, hoc processu nondum finito, potest agere in *petitorio*; nam ex iudicio possessorio pendet, quis in petitorio seu in rei vindicatione actoris, quis rei partes sustinere debet (41).

2° e contra qui promovit iudicium petitorium tam ante quam post sententiam potest regredi ad possessorium, licet promovendo petitorium videatur habere adversarium ut possessorem; nam actio vindicandi non est iuridica cognitio iuris possidendi in adversario (42). Quodsi in ipso iudicio petitorio actor movet quaestionem de possessione, huius quaestionis cognitio propter causarum connexionem spectat ad iudicem causae in petitorio propositae (43).

(40) Cfr. *Gaium* IV. 154. 155.

(41) § 4. *Inst. h. t.*; *Arg. C. h. t. L. 3.*

(42) D. 41, 2. de acqu. v. amitt. poss. L. 12. § 1.

(43) C. 3, 32. de rei vind. L. 13.

§ 6. DE AMISSIONE POSSESSIONIS.

221. Cum possessio importet physicam possibilitatem disponendi de re cum aliorum exclusione, tamdiu illa conservatur quamdiu durat illa physica potestas. Quare ad amittendam possessionem requiritur actus contrarius, quo illa exclusiva potestas desinat (44).

I. De amissione possessionis quam quis per se exercet.

222. Possessio amittitur *corpore et animo*, vel *solo corpore*, vel *solo animo*, prout utrumque possessionis elementum vel alterutrum tantum deficiat. Causae autem amissionis aut ad ipsum possessorem, aut ad rem possessam, aut ad tertiam personam referuntur.

I. Causae *ex parte possessoris*, sunt: 1° *mors possessoris*, unde possessio non transit ad haeredes, quibus ad eam acquirendam opus est nova apprehensione seu detentione: possessio enim consistit in facto. D. h. t. (41, 2.) L. 23. pr.

2° *magna capitis diminutio*, qui enim servus est iuridicam possidendi capacitatem non habet; nec rediens ex captivitate possessionem iure postliminii recuperat, quia possessio in facto consistit. D. h. t. L. 23. § 1.

3° *rei derelictio vel traditio* (45), etsi possessor alienandi sit incapax, cum inde desinat exclusiva potestas de re disponendi (46). At incapax alienandi per solam derelictionem rei immobilis eius possessionem non amittit (47).

II. Causae *ex parte rei possessae* sunt: 1° si res possessa *perit* aut fiat res *extra commercium* (48).

2° si res mobilis amittitur (49). Qua in re habetur mani-

(44) D. h. t. (41, 2.) L. 3. § 13. L. 8.

(45) D. h. t. L. 3. § 6. 9.

(46) D. h. t. L. 29. initio.

(47) D. h. t. L. 29. i. f. L. 27.

(48) D. h. t. L. 3. § 17. L. 30. § 1.

(49) D. h. t. L. 25. pr. L. 13. pr. Qua ratione amittatur possessio ferae bestiae et animalis domestici aut mansuefacti. Cfr. Inst. 2, 1. de rer. divis. § 12. 15. 16.; D. h. t. L. 3. § 13.

festum exemplum independentiae inter possessionem et proprietatem, rei enim amissae adhuc retinemus proprietatem. (D. h. t. L. 13. pr.). — Etsi obliti simus locum ubi deposuimus rem mobilem, inde nondum amisimus possessionem, donec tertius eam apprehendat (50); proprietatem vero conservatur donec eius probatio suppeditari potest; si probatio suppeditari non possit, fit res sine domino et thesaurus in sensu iuridico huius vocis.

III. *Ex parte tertiae personae* amittitur possessio si nobis a tertia persona fuerit usurpata.

II. De amissione possessionis, quam per procuratorem exercemus.

223. Etiam in hoc casu amissionis causae respicere possunt possessorem, rem possessam vel tertiam personam. Atque sub triplici respectu possessio eodem modo amittitur ac in casu quo quis possessionem per seipsum exercet. Relate vero ad usurpationem per tertiam personam, haec considerata est in procuratore per quem possessio exercetur, non in ipso possessore: usurpata procuratori possessione, etsi nullus actus violentiae factus fuerit in principalem, hic amittit possessionem, sed possessionem retinet per procuratorem, si solus principalis passus est violentiam et non procurator (51).

Ex parte vero procuratoris: 1º ipsius mors non est causa cur principalis amittat possessionem.

2º ut procurator sibi usurpet possessionem eamque a principali amitti faciat, satis non est intentio possidendi pro se, sed opus est ut principalis efficaciter excludatur a potestate disponendi de re; nam *solo animo* non acquiritur possessio (52). Hinc principium: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. D. h. t. (41, 2.) L. 3. § 19.

3º fraudulenta traditio vel derelictio rei facta a procuratore, si agatur *de re immobili*, non facit, ut principalis amittat eius possessionem, etsi tertia persona inde in rem im-

(50) D. h. t. L. 44. pr. L. 3. § 3.

(51) D. 43, 16. de vi L. 1. § 22. 45.

(52) D. 43, 18. de vi L. 12.; D. h. t. L. 3. § 18.

mobilem ingrediatur, nisi ab illa tertia persona efficaciter impediatur, ne principalis in eam ingrediatur (53); sed per traditionem seu derelictionem *rei mobilis* possessio amittitur principali, qui de ea amplius disponere non potest (54).

CAPUT II.

DE IURE PROPRIETATIS, IN GENERE.

224. *Ius proprietatis* (1) (*dominium, proprietas*) est ius reale, vi cuius quis (*dominus, proprietarius*) de re corporali immediate et independenter disponere potest ad omnem eius usum, nisi per accidens aut iure alterius aut lege prohibeatur. Iure alterius limitatur potestas de re libere disponendi, si alius in eadem re habet *ius reale* distinctum a proprietate. Lex etiam decernit limites, intra quos ratio iuris patitur, ut dominus utatur fruatur sua re, ne ex exercitio iuris proprietatis utilitas publica aut aequitas naturalis detrimentum patiatur. Iure autem in re extincto rursus ius proprietatis exerit suam vim et libertatem consequitur.

In iure proprietatis continetur: a) *ius utendi fruendi* seu ius disponendi de re ad omnem eius usum et percipiendi ex ipsa omnes proventus, salva rei substantia; b) ius disponendi de ipsa rei substantia (2); c) ius possidendi, seu habendi supra rem illam physicam potestatem, quae est conditio necessaria ad plenum exercitium iuris utendi, fruendi et disponendi de substantia.

(53) Ita iure Iustiniano in C. h. t. 7, 32. L. 12. pr.

(54) D. 41, 3. de usurp. L. 33. § 4.

(1) *Proprietas* vox recentior est aetate imperii introducta. Quare nonnulli hic loquuntur de *dominio*, dum alii praeferunt vocem *proprietas*, quia *dominium* latiore habet significationem, et tum potestatem patrisfamilias in genere, tum potestatem circa quaecumque iura in genere complecti poterat. Promiscue tamen duo vocabula usurpantur.

(2) A nonnullis dicitur ius *abutendi*. Sed *abuti* in fontibus significat usum rei, quae per talem usum consumitur. Ceterum *abusus* in sensu mali vel iniqui usus non est admittendus. Cfr. *Gaium* I. 53. in fin.

Solent assignari tres proprietates seu characteres principales iuris proprietatis: 1^o quod sit ius *absolutum*, ita ut proprietarius pro lubitu re uti possit; 2^o quod sit *exclusivum*, ut alium quemcumque arcere possit a quolibet rei usu; et inde impossibilitas, ne eadem res iure proprietatis ad plures personas in solidum pertineat (3); 3^o *perpetuum* et *irrevocabile*, ut semel acquisitum cessare non possit ex facto alterius personae contra voluntatem domini (4).

Quae proprietates cum essentiales non sint sed dumtaxat naturales, possunt aliqua ratione limitari; nam 1^o relate ad efficaciam iuris limitatio provenire potest ex separatione alicuius ex facultatibus in ipso comprehens is, propter ius ab alio legitime acquisitum v. gr. propter aliquam servitutem (5) vel propter prohibitionem legis, qua efficitur, ut ad consulendum bono publico vel ad tuendum ius alterius privati proprietarius aliquid debeat omittere vel sustinere, quod absolute in vim iuris proprietatis posset facere vel prohibere (6). 2^o relate

(3) D. 13, 6. commod. vel contra L. 5. § 15. Magni momenti est sub respectu ad hanc proprietatem, quod dominus superficiei extendit suam potestatem ad omne id quod supra et infra solum est, in quantum opera et utilitas domini pertingere possit. Cfr. v. gr. D. 8, 2. de servit. praed. urb. L. 1. pr. L. 9.; D. 8, 5. si servit. vindic. L. 8. § 5. L. 14. § 1.; D. 39, 2. de damno inf. L. 26.; D. 39, 3. de aqua et aq. pluv. arc. L. 1. § 11, 12, 21.; D. 24, 3. soluto matr. L. 7. § 13, 14. L. 8. pr.

(4) Inde est quod iure antiquo dominii translatio ad tempus vel ad conditionem non erat admissa; deinde vero paulatim admissa est contraria regula. Cfr. D. 8, 55. de donat. quae sub. L. 2.; C. 6, 37. de legat. L. 26.; Fragm. Vatic. § 283.

(5) Maxime vero notanda est limitatio iuris proprietatis, quae inducitur ex *communione pro indiviso*, quae locum habet cum eadem res iure proprietatis ad plures personas pertinet, de cuius natura et effectibus iuridicis plures sunt disputationes apud iuris interpretes.

(6) Praecipuae limitationes legales videntur hic breviter recensendae. Porro illae spectari possunt in ordine ad triplicem potestatem, quam exercitium iuris dominii exposcit, sc. *rem retinendi*, *disponendi*, *excludendi*.

Quoad ius *excludendi* praecipua limitatio habetur in *condominio* de quo in nota praecedenti.

Quoad ius *retinendi* interdum limitatio respicit ius *defensionis*: ita in

ad durationem, rem acquirendo ita, ut certis concurrentibus circumstantiis pleno iure proprietas in alium transeat independenter a voluntate praesentis proprietarii v. gr. si facta est traditio rei vel relictum est legatum sub conditione suspensiva vel resolutive (7). Quo in casu simul cum revocatione proprietatis manent revocata iura supra ipsam rem a proprietario temporali concessa, quae non possunt non esse affecta limitatione temporis, qua erat constrictum ipsum ius acquirentis.

casu quo proprium tignum alienis aedibus vineisque iunctum esset, prohibitio aderat quominus solvi posset; praeterea in casu, quo res ruinam minetur in damnum vicini, dominus in eodem statu rem retinere non poterat, nisi cautione praestita damni infecti.

Ius disponendi respicit: 1^o) facultatem *utendi fruendi*; 2^o) facultatem *alienandi*. *Facultas utendi fruendi* his obnoxia est limitationibus: a) circa domus aedificationem, relinquenda est intercapedo et semita aedificio continens, ambitus erat duorum pedum et semipedis; intra duos fundos rusticos, relinquendum erat spatium quinque pedum (D. 8, 2. de servit. praed. urb. L. 14.; D. 10, 1. fin. regund. L. 13.). — b) circa usum aquae, quod superesset aquae in fundo superiori permittendum erat decurrere in fundum inferiorem, et vicissim dominus fundi superioris non poterat proprio Marte aquam sibi molestam immittere in fundum inferiorem in eiusdem detrimentum; inde *actio de aqua pluvia arcenda*. — c) circa usum propriae domus vel proprii agri, turbatio vicinis afferri non poterat v. g. immittendo fumum in vicini aedes; vel plantando arbores in proprio praedio iuxta praedium alterius, ita ut umbra vicino noceat; nec poterat prohiberi quominus fructus alieni, qui in fundum proprium ex alieno cadunt, colligantur, quem in finem in promptu erat *actio de glande legenda*. — d) in extruendo sepulcro vel macerie etc., in effodendo puteo etc. pariter relinquendum erat quoddam spatium inter ipsa opera et praedium vicini. Praeter actiones congruas ad haec exigenda, si quid contra dispositiones legum pertentaretur, poterat praeoccupari per *novi operis nuntiationem* ne ad exitum perveniret.

Facultas alienandi limitabatur, cum prohiberentur alienari, immobilia dotalia, bona eorum qui sunt sub tutela aut cura, bona adventitia filii-familias, res litigiosae.

(7) Cfr. D. 7, 1. de usufr. L. 12. § 5.; D. 6, 1. de rei vind. L. 41.; D. 18, 2. de in diem add. L. 4. § 3.; D. 39, 6. de mor. cau. donat. L. 29.; C. 8, 55. de donat. quae sub. L. 1.

De condominio.

225. *Condominium*, quod potest considerari ut limitatio quaedam iuris proprietatis, habetur cum eadem res ad plures iure proprietatis pertinet sed pro partibus indivisis (D. 45, 3. *de stip. serv.* L. 5.). Totam rem et singulas eius partes ius singulorum afficit, sed partialiter, ideoque non dat facultatem *absolutam* de ulla parte rei communis disponendi (D. 13, 6. *commod.* L. 5. § 15.). Generatim unusquisque condominus pro sua parte potest exercere facultates iuri proprietatis inhaerentes modo illa facultas patiatur exercitium parziale, secus omnium consensus requiritur.

Quare: 1° unusquisque ex condominis re communi *uti frui* potest secundum eius destinationem. Sed nullus in rem mutationem inducere potest sine consensu aliorum omnium; quoniam pro parte intellectuali mutatio fieri non potest, sed mutatio habet characterem indivisibilitatis (D. 10, 3. *comm. divid.* L. 28.): secus qui consensum non dederunt possunt exigere restitutionem rei in pristinum statum (cit. L. 28. i. f.). At actus qui tendunt ad rei conservationem unusquisque potest ponere, nec expectare ad hoc debet aliorum consensum.

2° unusquisque ex condominis suam partem pro indiviso alienare potest (8), et consequenter etiam ius in re concedere, quo in casu ius concessum afficit totam rem, et divisione facta super unamquamque partem pro rata onus superest (9). Sed, excepto usufructu, unus sine aliorum consensu servitutem imponere non potest, quia servitus individuum naturam habet (D. 8, 1. *de servit.* L. 2.).

3° singuli condomini pro sua parte intentare actiones possunt quae ex iure proprietatis enascuntur. (D. 6, 1, *de rei vind.* L. 25, § 3.); possunt quoque petere rei communis divisionem per actionem *communi dividundo* (C. 3, 37. *com. div.* L. 5.).

(8) C. 4, 52. de comm. rer. alien. L. 3.

(9) D. 20, 6. quib. mod. pignus solv. L. 7. § 4.

Quod in genere dictum est de condominio, in specie dicendum est de casu particulari *parietis communis*, cuius frequenter mentio occurrit in fontibus iuris. Condominus uti potest pariete iuxta destinationem suam (D. 8, 2. L. 19. L. 13. § 1.) et tamquam bonus paterfamilias ipsum expensis communibus reficere (*Paulus* V. 10, 2; L. 8. D. cit. tit.). Prohibetur autem aliquid facere, quod sit contra destinationem parietis communis (cit. tit. D. L. 13. pr. L. 19, pr. § 1. L. 40.).

CAPUT III.

HISTORIA IURIS PROPRIETATIS APUD ROMANOS.

226. Romani initio unum tantum agnoverunt dominium, *dominium civile seu quiritarium (dominium ex iure Quiritium)*. Qui rem ut suam haberet sine dominio quiritorio, iuridice non erat nisi simplex rei possessor (1). Sed tempore reipublicae debuit admitti alia species domini, *dominium ex iure praetorio*, quo dominus rei possessor non *rem suam* esse diceret, sed rem inter bona habere (*in bonis esse*) et inde illud dominium dictum est in scholis *dominium bonitarium* (2). — Hinc de aliqua re poterat haberi *plenum dominium* (3), seu tam civile quam praetorium (*plenum ius ex iure Quiritium*), vel nudum dominium civile sine praetorio (*nudum ius Quiritium*), vel denique solum dominium praetorium seu bonitarium (*in bonis esse*) (4). Ab illa duplici specie domini est distinguen-

(1) « Sequitur ut admoneamus, apud peregrinos quidem unum esse dominium; ita aut dominus quisque est, aut dominus non intelligitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus ». *Gaius* II. 40.

(2) « Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse *ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere* ». *Gaius* ibid.

(3) « Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium: nam vel in bonis vel ex iure Quiritium, vel *ex utroque iure* cuiusque servus esse intelligitur... ». *Gaius* I. 54. Cfr. quoque eundem *Gaium* II. 41.

(4) *Gaius* II. 41.

dum dominium *peregrinorum* (5) et proprietas *fundi provincialis*, quae ex iure romanorum pertinebat ad Statum, relicta sola possessione et usufructu privatis personis (6).

I. Dominium ex iure Quiritium.

227. Qui habebat *plenum dominium ex iure Quiritium*, seu dominium civile et praetorium, plene fruebatur omnibus iuribus in dominio seu iure proprietatis contentis atque ad suum ius tuendum habebat actionem realem, qua rem sibi vindicabat, penes quemcumque rei ipsius detentorem, quae dicebatur *rei vindicatio*, quae hac ratione explicabatur in *intentione* formulae: **Hanc rem meam esse aio ex iure Quiritium**. Tres autem conditiones ad illud plenum ius fuerunt requisitae:

a) *capacitas iuridica personae*. Qua capacitate gaudebant omnes qui habebant *commercium iuris civilis* sc. *cives* et *latini* atque illi peregrini qui speciali concessione ius *commercii* obtinuissent.

b) *aptitudo ipsius rei*: obiectum domini quiritarii dumtaxat esse poterant illae res, quae in commercio iuris civilis erant positae, sc. res mobiles et fundi italici, non vero fundi provinciales (7).

(5) Videtur illa proprietas peregrinorum iure romano fuisse protecta per *utilem rei vindicationem* seu *petitionem*, fingendo peregrinum esse civem romanum; nam docet *Gaius* IV. 37. « Item civitas romana peregrino fingitur, si eo nomine agat, aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit, eam actionem etiam ad peregrinum extendi ».

(6) Cfr. *Gaium* II. 7.

(7) Ager publicus in Italia et fundi provinciales idcirco domini obiectum non erant relate ad privatas personas, sed solius possessionis, quia populus romanus habebatur ut dominus. Praedia in provinciis appellabantur vel *stipendiaria* vel *tributaria*, ratione habita vectigalis quod solvebatur vel in emolumentum populi romani vel in emolumentum imperatoris. Quod *vectigal*, si in pecunia consisteret, dicebatur *stipendium*; si in rebus vocabatur simpliciter *vectigal* et communiter constabat *decima* parte; inde appellatio *ager decumanus*, *frumentum decumanum* etc. (*Cicero* in *Verrem* III. 6.). Cfr. *Bonfante*, Storia del diritto rom. p. 306. 131. 337. 347.

c) *modus legitimus acquirendi* seu *modus lege civili recognitus*. Tres autem erant *legitimi* modi acquirendi *res mancipi* sc. *mancipatio*, *in iure cessio*, *usucapio*: pro rebus vero *nec mancipi* habebatur *in iure cessio* et *traditio* cum *iusta causa* (8).

II. In bonis esse, in bonis habere (*dominium bonitarium*).

228. Hoc dominium habebatur cum concurrebant duae priores conditiones supra memoratae (*capacitas personae*, *aptitudo rei*), deerat tertia seu legitimus (*civilis*) *modus acquirendi*. — *Proprietas* ita acquisita per modos naturales aut praetorios, qui certis in casibus (v. gr. *traditio* ad transferendam *rem mancipi*) non habebantur apti ad acquirendum dominium *quiritarium*, nihilominus *protegebatur* actionibus specialibus; atque inde *possibilitas duplicis domini*. Ita si quis *rem mancipi* sine *solemnibus formis mancipationis* vel *cessionis in iure* per *simplicem traditionem* acquireret, dominium civile non acquirebat sed *bonitarium*. Hoc quidem dominium per *usucapionem* poterat *converti in civile*, sed dum *usucapio* nondum erat perfecta, transferens *rem* conservabat *nudum ius Quiritium* (9) atque uti poterat omnibus actionibus ipsi *inhaerentibus*, praesertim *rei vindicatione*; quam tamen si contra acquirentem intentasset, hic *opponere* poterat *exceptionem doli (rei venditae et traditae)* (10). Neque haec sola exceptio acquirenti compete-
bat con-

(8) *Ronga I. p. 229. sq.*

(9) « Nam si tibi *rem mancipi* neque *mancipavero* neque *in iure cessero*, sed tantum *tradidero*, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure vero *Quiritium mea permanebit*, donec tu eam possidendo *usucapias* ». *Gaius II. 41.*

(10) *Originarie* haec exceptio solum *opponi* poterat contra alienantem eiusque successorem titulo *universali*, postea vero etiam *admissa* contra successorem titulo *particulari*, ut apparet ex *Hermogeniano fr. 3. de except. rei vend. et trad. (21, 3.)*: « Exceptio rei venditae et traditae non tantum ei, cui *res tradita* est, sed *successoribus* etiam eius et *emptori secundo*, etsi *res ei non fuerit tradita*, proderit; interest enim *emptoris primi secundo rem non evinci*. § 1. *Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum ius, sive in eam duntaxat rem successerint* ».

tra *vindicationem* alienantis aut successoris sive titulo universali sive particulari, sed praeterea dabatur actio realis, *utilis rei vindicatio* (*Publiciana actio*) ad repetendam rem a tertio quolibet detentore (11). Quare dominium bonitarium in praxi praebebat domino omnia materialia commoda iuris proprietatis (12) et solum sub certis respectibus eius iura limitabantur (13).

III. Nudum ius Quiritium.

229. Cum res est *in bonis* alicuius, domino civili, qui eam alienavit remanet *nudum ius Quiritium*, quod ex dictis reducebatur ad dominium pro formula. Poterat unice rem vindicare a tertio detentore, non a domino bonitario; poterat suum ius alienare et ad haeredes transmittere; poterat mediante *iteratione* latinum reddere civem (cfr. supra n. 66. not. 4.); habebat tutelam legitimam supra servam, quae per manumissionem solam libertatem latinam obtinuerat (*Gaius*, I. 168.). Sed totum hoc ius perimebatur, cum dominus bonitarius usucapionem compleret.

IV. Dominium ex iure Iustiniano.

230. Tempore Iustiniani exiguum discrimen reale inter dominium quiritarium et bonitarium iam evanuerat cum distinctione inter *res Mancipi* et nec *Mancipi* et cum *latina* libertate. Iustinianus vero etiam formulas distinctionum sustulit (14),

(11) D. VI. 1. de rei vind. L. 23. pr. Vel contra ipsum alienantem haec actio competeat, qui si sese defendebat *exceptione iusti domini*, ab acquirente opponi poterat *replicatio doli* (*rei venditae et traditae*).

(12) Dominus bonitarius habebat plene *ius utendi fruendi*, ius alienandi et ius acquirendi dominium civile per usucapionem (*Gaius* II. 41. 204.). Habebat potestatem *dominicam* in servos (*Gaius* I. 54.), et inde ad eum pertinebant, quae a servis essent acquisita (*Gaius* II. 88.; III. 166.; *Ulpianus* XIX. 20.).

(13) Ita v. gr. non poterat uti *rei vindicatione*, nec uti modo civili alienationis (*mancipatio, in iure cessio, legatum per vindicationem*); non poterat supra res servitutes civiles constituere; servis manumissis non dabat libertatem romanam sed latinam.

(14) C. 7, 25. de nudo ex iure Quirit. toll.; C. 7, 31. de usucap. transfor. et de subl. diff. rer. Mancipi et non manc. .

quae iam omni momento practico carebant; cum vero civitas romana omnibus imperii subditis iam esset concessa et fundi provinciales aequiparati essent italicis, etiam tertia species dominii non civium propria ac supra fundos provinciales evanuit. Inde omnes res. in commercio positae possunt esse obiectum proprietatis; *traditio* eosdem producit effectus iuridicos ac antiqua *mancipatio* et *in iure cessio*; usucapio pro fundis provincialibus perinde ac pro latinis valet; uno verbo, dominium investitum conditionibus antiqui iuris bonitarii habet effectus iuridicos antiqui dominii quiritarii.

CAPUT IV.

DE ACQUIRENDO DOMINIO.

D. 41, 1. de acquir. rerum dominio; Inst. II, 1. de rer. divisione.

§ 1. CONDITIONES REQUISITAE.

231. Ad acquirendam proprietatem seu dominium tria requiruntur: 1° persona capax; 2° res idonea; 3° legitimus acquisitionis modus.

Persona capax. Qua in re distinguenda est capacitas *acquirendi* a capacitate *habendi* dominium. Capacitas *habendi* dominium praesupponit generalem capacitatem ad iura patrimonialia, quare habetur ab eo qui capax sit habendi patrimonium (1); quae capacitas habendi proprium patrimonium iure novo solum deficit in servis; ergo praeter servos reliqui omnes sunt capaces habendi dominium, etiam infantes. Capacitas *acquirendi* dependet a deliberata voluntate; quare deficit in iis qui actus humani deliberati sunt incapaces, velut amentes, nisi acquisitio fiat ipso iure independenter ab acquirentis voluntate (2).

(1) Quae regula patitur exceptiones, in quantum ei, qui iure proprietatis capax est, certarum rerum dominium negari potest, v. gr. si pagani, iudaici et haeretici negata est capacitas habendi mancipium christianum L. 1. et 2. C. 1, 10.

(2) Inst. 3, 1. de haered. § 3.; D. 39, 2. de acqu. vel om. haer. L. 68. § 1.

Res idonea sc. omnes res corporales, quae sunt in commercio, esse possunt obiectum iuris proprietatis.

Modus legitimus acquisitionis intelligitur factum a iure recognitum tamquam efficax ad tribuendum dominium.

232. Scholion. *De acquisitione domini per alium.* Iure classico proprietas acquiri non poterat per intermediam personam liberam potestati acquirentis non subiectam: *per liberam vel extraneam personam proprietas acquiri non potest* (3): solum acquiri poterat per servos et per liberos sub patria potestate constitutos, qui cum relate ad patrimonium unam personam cum domino aut paterfamilias constituerent, acquisitio per ipsos perinde habebatur ac si per actum proprium esset facta (4). In iure Iustiniano idem principium retentum est (5), sed sine positiva efficacia. Nam acquisitio proprietatis per intermediam personam non fit nisi iis modis, in quibus requiritur declaratio voluntatis; nam intermedia persona est prorsus inutilis in acquisitionibus, quae fiunt ipso iure independenter a declaratione voluntatis ex parte acquirentis; porro omnes fere modi acquisitionis per declarationem voluntatis fundantur in possessione, quae per intermediam personam *etiam liberam* acquiri potest et per possessionem ipsa proprietas. Pauci illi modi acquisitionis, qui non fundantur in possessione, v. gr. aditio haereditatis, possunt nihilominus per mandatarium seu procuratorem fieri.

§ 2. DE DIVERSIS MODIS DOMINII ACQUIRENDI.

233. I. Modorum acquirendi antiqua divisio erat, in modos *iuris civilis* et *iuris gentium*, quae divisio iure Iustiniano non amplius habet practicum momentum. Modi *iuris gentium* sive *naturales* erant *occupatio*, *traditio* et *accessio*. — Modi *iuris civilis* erant: *mancipatio*, *in iure cessio*, *emptio sub corona*, *bonorum sectio*, *adiudicatio*, *usucapio* et *lex* in quibusdam casibus.

Mancipatio erat modus sollemnis transferendi dominium ex

(3) *Gaius* II. 87.

(4) *Ulpianus* XIX. 4.

(5) *Gaius* II. 87.

iure quiritium per modum cuiusdam imaginariae venditionis, factae apud *libripendem* et in praesentia quinque testium qui essent cives romani puberes. Acquirens vindicabat sibi rem affirmando per solemnem formulam suum ius in rem, quam intendebat acquirere, deinde aere percutiebat libram quam manu tenebat libripens et illud aes dabat alienanti, qui illud accipiebat *quasi pretii loco* (6). Qui modus erat proprius *rerum Mancipi* (7). Res mobiles debebant afferri atque singillatim Mancipari; res vero immobiles poterant Mancipari etiam in ipsius rei absentia, in cuius rei immobilis Mancipatione poterant comprehendi etiam mobilia in ipsa sita, modo accurate exprimerentur (8). In determinanda re, quae erat obiectum Mancipationis, poterat pactio fieri de qualitate et includi vel excludi poterant accessiones et pertinentiae, id in formula exprimendo (9).

Poterant etiam fieri aliae pactiones verbales, quibus partes obligarentur iuxta praescriptum legis XII Tabularum: *cum nexum faciet Mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*. — Mancipatione non solum transferebatur proprietas, sed etiam constituebantur servitutes rusticae, quae inter *res Mancipi* munerabantur (10), et quoad iura familiaria per ipsam acquirebatur *manus* et *Mancipium* et indirecte etiam acquirebatur vel extinguebatur patria potestas (11). Invenitur etiam cum caractere actus mere symbolici in antiquo modo condendi testamentum *per aes et libram* (12), qui modus in antiquiori iure habuit naturam verae *Mancipationis familiae* (13).

(6) *Gaius* I. 119.; *Ulpianus* XX. 2.

(7) *Gaius* II. 22.; *Ulpianus* XIX. 3. 7.

(8) *Gaius* I. 121.; *Ulpianus* XIX. 6. Actus distinctus a Mancipatione videtur fuisse transmissio possessionis. Cfr. *Gaium* II. 204. *Fragm. Vatic.* § 313. IV. 131. a.

(9) V. gr. *fundus uti optimus maximus — cum instrumento, cum doliis — detracto usufructu—recepta servitute, receptis rutis caesis*. *Fragm. Vatic.* 47, 50, 80.

(10) *Gaius* II. 17. 29.

(11) *Gaius* I. 117. 118. 123. 132. 134. 135.

(12) *Gaius* II. 103-108.

(13) *Gaius* II. 102.

In iure cessio erat etiam modus sollemnis tradendi dominium ex iure quirritium, qui fiebat sub sanctione ac veluti praesidio magistratus populi romani, sicut mancipatio fiebat sub auspiciis et sanctione ipsius populi; habebat autem characterem *vindicationis symbolicae*, sicut mancipatio continebat *symbolicam venditionem*. Acquirens et alienans sistebant apud praetorem: ille praetendebat rem esse suam, pronuntiando solemnem formulam vindicationis (*hanc ego rem meam esse aio ex iure quirritium*); alter non sese opponebat sed tacite vel etiam expresse consentiebat, et praetor *vindicanti* rem *adiudicabat* (14). Quae *cessio in iure* etiam adhibebatur pro rebus *nec mancipi* et pro rebus incorporalibus (15).

Sectio, venditio sub hasta, emptio sub corona. Bona devoluta ad dominium Status, aut propter condemnationem in iudicio criminali, aut quia bello capta vel quia erant bona vacantia, auctione publica vendebantur et attribuebantur meliori licitatori. — Initio bona vendebantur simul tamquam *universitas*, relicta cura divisionis ipsi emptori, qui idcirco dicebatur *sector* (16). Haec publica venditio dicebatur *bonorum sectio* vel etiam *sub hasta venditio*, propter *hastam* quae figebatur in foro et erat symbolum dominii civilis (17). — Venditio publica eorum, qui iure belli capti essent, dicebatur etiam *sub corona emptio*, quia, ut videtur, corona redimiti publicae venditioni exponebantur (18). — Tempore imperii bona Status vendebantur aut simul ut *universitas rerum* aut singillatim; inde disparuit appellatio *sectio bonorum* et coepit adhiberi verbum *subhastatio* (19).

Lex. Quibusdam in casibus lege quoque acquirebatur do-

(14) *Gaius* II. 24.; *Ulpianus* XIX. 9. 10.

(15) *Gaius* II. 28-30.

(16) *Gaius* III. 80. iunct. IV. 146.; *Varro*, de r. r. II. 10, 4.; *Cicero*, De invent. I. 45.

(17) Cod. Theod. 10, 17.; *Fragm. Vatic.* 37.

(18) *Varro* de r. r. II. 10, 4.; *Festus* v. *sub corona*; *Dion. Halicarn.* IV. 24.

(19) C. 4, 44. de rescind. vend. L. 16.; C. 10, 3. de fide et iure haetae fisc.; C. Theod. 10, 17.

minium (20): nempe si quid incidisset in causam caduci, ex qua alter acquirebat: item in casu iuris accrescendi circa dominium servi (21).

Omnes isti modi vel aboliti fuerunt vel in desuetudinem abierunt. Introducta tutela iuridica praetoria dominii *in bonis*, magna pars utilitatis abfuit a solemnitatibus mancipationis et in iure cessionis; paulatim vero modus traditionis easdem amovit (22). Item in iure novo haud amplius habetur mentio emptionis sub corona vel bonorum sectionis. Casus etiam antiqui acquirendi ope legis in legislatione Iustiniana aboliti sunt (23).

234. II. Altera distinctio inter modos acquirendi rerum dominia est, ut alii *originarii* alii *derivati* sint. Modus *originarius* ille dicitur, in quo ius dominii acquisitum non procedit ab alio, sed ex ipsa natura vim suam mutuatur. Modus *derivatus* ille est, in quo ius dominii ab alio procedit, et ab hoc alio quis rei dominium accipit.

Modi *originarii* sunt: occupatio, accessio, specificatio, fructuum perceptio, inventio thesauri, usucapio (24).

Modi *derivati* sunt: traditio, lex, adiudicatio, sententia iudicis, missio in possessionem damni infecti nomine, legatum.

Ad modum derivatum constituendum generatim, et salvis modis qui id ex natura rei excludunt, requiritur, ut qui rem transfert ius in ea habeat et voluntatem transferendi; cui voluntas accipientis coniungi debet.

(20) *Ulpianus* XIX. 2, 17.

(21) § 4. *Inst.* II. 7.

(22) Mancipationis mentio adhuc habetur saec. IV. Cfr. *Fragm. Vatic.* 213.; *Cod. Theod.* 8, 12. L. 4. 5. 7. In iure cessionis mentio habetur sub fine saec. III. vel initio IV. In collectione vero Iustiniana non semel verbum *traditio* hos modos sufficit. Cfr. *Fragm. Vatic.* 80. iunct. D. 7, 2. L. 3, 11.

(23) § 4. *Inst.* 2. 7.; C. 6. 51.

(24) Praesertim quoad *occupationem* non omnes conveniunt in agnoscenda natura modi originarii. Maxime spectatur in originario modo, quod non interveniat voluntas eius, penes quem in rem erat ius.

CAPUT V.

DE MODIS ORIGINARIIS ACQUIRENDI DOMINII.

§ 1. DE OCCUPATIONE.

235. *Occupatio* est modus acquirendi rem, super quam alter ius non habet et exercetur per factum possessionis. Num ius dominii ex actu occupationis directe seu ipsa natura sequatur, vel potius ex iure civili, apud iurisconsultos in controversia est (1).

Tria autem in occupatione concurrere debent: 1^o ut agatur de re dominii capace et ad alium non pertinente (*res nullius*); 2^o ut res ipsa ea ratione apprehendatur, quae requiritur ad acquirendam possessionem fundatam in actu unilaterali; 3^o intentio acquirendi proprietatem rei sic occupatae.

236. Inter *res nullius* quae occupationis obiectum esse possunt numerabant romani *feras bestias* (2), quae *mari* aut maris littoribus *gignuntur*, *insulae in mari* enatae aut in mari submersae, *res derelictae*, *thesaurus* et *res hostium*.

I. *Occupatio animalium* fit per venationem, aucupium aut piscationem, prout agatur de animalibus quae terra, coelo aut mari nascuntur (3). Uno ex iis modis animal occupans proprietatem acquirit, sive manu, sive retibus sive alio apto

(1) Qua in re primo loco consulendi sunt theologi et philosophi catholici. Cfr. *S. Thom.* 2. 2. q. 66. a. 2.; *Lugo*, De instit. et iure disp. 6. sect. 1.; *Cathrein*, Philosoph. moralis p. 289. sq. — Legislator romanus ita pronuntiat. « *Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur* ». D. 41, 1. de acqu. rer. dom. L. 3. pr.

(2) Quare obiectum occupationis esse non possunt animalia domestica et animalia mansuefacta seu cicurata, quamdiu retineant consuetudinem revertendi. Inst. 2, 1. de rer. divis. § 15. 16.; D. 41, 1. de acqu. rer. dom. L. 5. § 5. 6.; D. 41, 2. de acqu. vel am. poss. L. 3. § 4.

(3) « Omnia igitur animalia, quae terra, mari, coelo capiuntur, id est, ferae bestiae, et volucres, pisces, capientium fiunt » D. 41, 1. L. 1. § 1. *Occupatio* autem fit per hoc quod capiantur vel occidantur: et si antiquitus fuit disputatum utrum sufficeret vulneratio, praevaluit hac in re sententia negativa. Inst. 2, 1. de rer. div. § 13.

instrumento ceperit (4), etiamsi captio fuerit facta in fundo alieno etiam huius proprietario contradicente (5), salva nihilominus fundi domino pro diversis circumstantiis *actione iniuriarum* vel interdicto *uti possidetis* aut *unde vi* (6). Quare recte communiter docetur penes romanos viguisse libertatem venandi, nec venationem fuisse consideratam ut fructum agri.

II. *Inventio* dicitur occupatio rei inanimatae, quae nullum habuit dominum aut a domino est derelicta animo abiiciendi proprietatem (7). Hae quoque res ad inventorem, qui eas occupavit, pertinent (8).

Thesaurus i. e. « *vetus quaedam depositio pecuniae cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat* » (Paulus L. 31. § 1. D. h. t. 41, 1.). Regulae de occupatione rei inventae quoad thesaurum sunt diversae; ius enim romanum thesauri inventi dimidium tribuit inventori qui casu invenit, dimidium vero proprietario fundi ubi thesaurus inventus est (Inst. h. t. § 39.). Cuius rei iuridica ratio illa videtur esse, quod frequenter thesauri in proprio fundo abscondi soleant et res immobiles intra eandem familiam permanere soleant, ex qua duplici circumstantia exurgit praesumptio in favorem proprietarii fundi, quod thesauri depositio ibi facta sit a maioribus; quae praesumptio cum iure inventoris conciliatur, dum inventori et proprietario dimidium tribuitur. — Inventor vero omni caret iure et integer thesaurus cedit fundi proprietario, si ille de industria in fundo alieno quaesivit thesaurum (l. c. Inst.), quia

(4) Cit. § 13. Inst.; L. 5. § 1. L. 55. D. h. t. 41, 1.

(5) « Nec interest, quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi, ne ingrediatur ». *Gaius* L. 3. § 1. D. h. t.

(6) D. h. t. L. 3. § 1.; D. 43, 17. uti poss. L. 1.; D. 43, 16. de vi et vi arm. L. 11.; D. 47, 10. de iniur. L. 13. § 7.

(7) Inst. 2, 1. de rer. div. § 47.; D. 41, 7. pro derelict. L. 1. 5. § 1. Quare occupari cum iure proprietatis non possunt res *perditae*, quae naufragio perierunt, aut quae in tempestate navis levandae causa in mare fuerunt proiectae.

(8) § 15. 18. 39. Inst. h. t. (2, 1.); D. h. t. 41, 1. L. 2. 6. 7. § 3.; D. 6, 1. de rei vind. L. 5. § 2.

ille actus est illicitus et per actum illicitum iura acquiri non possunt. — Quodsi quis thesaurum in proprio fundo invenit, totum acquirit (l. c. Inst.). Quae dicta sunt de invento thesauro in re immobili, pari ratione videntur valere de re mobili (9).

III. *Occupatio belli causa*. Res ad hostem pertinentes habentur ut *res nullius* (10), quae occupationis obiectum esse possunt, quarum rerum occupatio dicitur *occupatio bellica*; bellum enim omne censetur rumpere vinculum iuridicum inter belligerantes, qui proinde sese invicem considerant, ut privatos cuiuscumque capacitatis iuridicae (11). Res bello occupatae pertinent ad Statum, exceptis rebus mobilibus, quae singulari certamine fuerint captae, quae ad occupantem pertinent (12). Iure reciprocitatis res civis romani in bello captae fiunt propriae hostium; quamvis civis romanus bello captus et postea liberatus *iure postliminii* suum pristinum dominium recuperat.

§ 2. DE DOMINII ACQUISITIONE PER ACCESSIONEM.

237. *Accessio* habetur cum una res alteri adhaeret, ut unum cum ipsa efficiat. *Accessio cedit principali* et ita dominus rei principalis acquirit dominium rei unitae (13).

Accessio autem aut *naturalis* est aut *artificialis*, prout resultet ex naturali accidenti aut ex facto proprietarii.

(9) Loca publica ad effectum dividendi thesaurum reputantur ad fiscum pertinere. Cfr. D. 49, 14. L. 3. § 10. ubi locis publicis aequiparantur etiam loca sacra et religiosa; sed cit. § 39. Institutiones haec ultima loca ut *res nullius* considerant, ideoque integrum thesaurum inventori tribuunt.

(10) Inst. h. t. § 17.; D. h. t. L. 5. § 7.

(11) D. h. t. L. 16.; D. 49, 15. de capt. L. 20. § 1.; D. 49. 14. de iur. fisc. L. 31.; D. 48, 13. Ad leg. Iul. pec. L. 13.

(12) D. h. t. L. 51. § 1.; D. 41, 2. de acq. poss. L. 1. §. 1. Qua ratione hi textus cum textibus notae praecedentis videntur apte conciliari.

(13) *Accessio* in fontibus proprie significat rem accessoriam respectu alterius quae est principalis; non modum acquirendi dominium. Principium tamen de acquirenda proprietate per unionem alterius rei cum nostra admittitur: « In omnibus igitur istis, in quibus mea res *per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit* ». D. 6, 1. de rei vind. L. 23. § 4.

I. De accessione naturali.

238. I. Habetur naturalis accessio in *alluvione*, quae est incrementum latens, quod sc. ita paulatim adiicitur, ut intelligi nequeat quantum unoquoque temporis momento adiciatur (D. h. t. L. 7. § 1.). Dominus fundi, ratione accessionis, acquirit eius incrementum.

Alluvio locum habet in fluminibus publicis, non in lacu aut stagno; agnoscitur circa agros *arcifinos*, idest circa agros non limitatos seu mensuratos (14).

II. *Avulsio* locum habet in praediis ad flumina sitis, ob vim fluminis, quae aliquid ex aliquo praedio abstulerit seu avulserit aliique adiecerit (Inst. h. t. § 21.). Rei ita accedentis non acquiritur proprietas, nisi cum praedio nostro iam ita coniuncta est, ut cum eo confundatur, quae confusio quoad arbores habetur cum iam egerint radices (L. 7. § 2. D. h. t.).

III. *Alvei derelictio*. Si naturali alveo in universim derelicto, alia parte flumen coeperit fluere, prior alveus eorum est, qui prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque agri, quae latitudo prope ripam sit. Novus alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus. Quodsi post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam eius praedia possident (15).

Id vero intelligendum de naturali alvei mutatione, non vero de inundatione, quae improvise ad modicum tempus contigit. Neque enim inundatio fundi speciem eius immutat, ideoque si recesserit aqua, palam est eum fundum eius manere cuius et fuit (16). — Si flumen in alvei mutatione integrum alicuius agrum occupavit, si postea iterum recesserit, ager ita relictus ad pristinum dominum ex aequitate pertinet (17).

(14) D. h. t. L. 16.; D. 43, 12. de flumin. L. 1. § 6. 7.; *Ortolan* in § 20. Inst. 2, 1.

(15) § 23. Inst. h. t.; D. h. t. L. 7. § 5. 6. L. 30. § 2. L. 56. § 1.; D. 43, 12. de flumin. L. 1. § 17.

(16) § 24. Inst. h. t.; D. h. t. L. 7. § 6. L. 30. § 2.

(17) Arg. D. h. t. L. 7. § 5. i. f.

IV. *Insula in flumine nata*. Nasci autem potest quatuor modis: 1^o cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit, seu *per aversionem fluminis* (L. 30. § 2. D. h. t.). — 2^o cum agrum, qui alvei esset, siccum relinquit et circumfluere incipit, seu *per exsiccationem alvei* (ib.) — 3^o cum paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit et eum alluendo auxit, seu *per elevationem alvei* (ib.). — 4^o cum insula non ipsi alveo fluminis cohaeret, sed virgultis aut alia qualibet levi materia ita sustinetur in flumine, ut solum eius non tangat atque ipsa moveatur, seu *per materiam supernatantem* (L. 62. § 2. D. h. t.).

In *primo* casu proprietas non mutatur, et terra evulsa per aversionem fluminis remanet penes dominum veterem. In *quarto* casu insula est iuris publici. In *altero* et *tertio* modo controversia fuit: communiter retinetur insulam esse iuris privati; dumtaxat *Labeo* videtur contradicere (L. 64. § 4. D. h. t.), cuius tamen fragmentum a iuris interpretibus diverso modo exponitur.

Insula ergo in flumine nata, per *exsiccationem* vel *elevationem* alvei, communis erit eorum, qui iuxta ripas ab utraque parte praedia possident. Et quidem ea ratione, ut si mediam fluminis partem teneat, pro dimidia parte ad eos pertineat; si accedit magis alterutri ripae, pro rata portione propinquitatis acquirant qui iuxta ripam possident; si prorsus existit in spatio quod intercedit inter unam ripam et mediam fluminis partem, pertineat tota ad eos qui iuxta illam ripam possident (cit. § 22. Inst.; L. 1. § 6. D. h. t. 43, 12.).

II. De accessione artificiali.

239. I. *Accessio rei mobilis ad immobilem*: quae fit per *implantationem* seu *seminationem* et per *inaedificationem*.

Ex principio *superficies solo cedit*, omne quod in fundo aliquo implanantur ad dominum fundi spectat, dummodo in terra coaluerit ita ut revera pars fundi fiat. Ergo arbor in alieno fundo posita, quae ibi radices egit, illius fundi domino fit propria; idemque dicatur de frugum satione (18).

(18) D. h. t. 41, 1. L. 22, § 2., L. 7. § 12, 13. L. 9. pr.: D. 6, 1.

Dominus arboris, quae in alieno implantata fuerit, non habet actionem *ad exhibendum* ut eruatur, quia ratio publicae utilitatis agrorumque culturae id non patitur (19). Et si arbor coaluerit in terra aliena, non potest amplius vindicari, etsi postea eruta sit (20). Habet tamen actionem in factum adversus dominum fundi, ut recipiat id quod interest (21).

Omne quod in fundo aliquo aedificatur ad domini fundum pertinet. *Quod solo inaedificatur solo cedit. Superficies solo cedit* (22). Relate ad materiam constructionis (*tigna*) distinguendus est duplex casus: quod quis in fundo proprio ex materia aliena et quod quis in fundo alieno ex materia propria aedificium extruxerit.

Primus casus. In primo casu dominus materiae, huius dominium non amittit (L. 7. § 10. D. h. t.); sed huiusmodi ius in suspenso manet, adeo ut ipsi denegetur actio ad exhibendum et actio in rem usquedum aedificium consistit (23); resoluta vero aedificio sua iura prorsus exercebit (24). — Interim vero, si dominus fundi ex materia aliena in bona fide aedificavit, domino materiae conceditur actio ad obtinendum id quod interest, cum nemo locupletari possit cum aliena iactura. Satisfactione obtenta non remanet eidem ius agendi post aedificii dissolutionem, quia receptio satisfactionis habet

de rei vind. L. 5. § 3., L. 53.; D. 43, 17. uti possid. L. 3. § 7.; D. 43, 24. quod vi aut clam L. 22. pr.; D. 47, 7. arbor. furtim caes. L. 6. § 2.; Inst. 2, 1. de rer. div. § 31.; C. 3, 32. de rei vind. L. 11.; *Gaius* II. 73. 74.

(19) D. 6, 1. de rei vind. L. 23. § 5.

(20) D. h. t. L. 26. § 2.

(21) D. 6, 1. L. 23. § 5. L. 5. § 3. Arbor quae crevit in confinio duorum fundorum fit communis inter dominos utriusque fundi si radices ex utroque fundo nutriantur. Si in uno fundo crevit sed in alium iecit radices, ad primi fundi dominum pertinet, salvo pro vicino iure petendi ut extirpentur radices. Cit. § 31. Inst.; D. h. t. L. 7. § 13. L. 8.; D. 47, 7. de arbor. furt. L. 6. § 2.

(22) *Gaius* II. 73.; L. 7. § 10. D. h. t.

(23) § 29. Inst. h. t.

(24) § 29. 30. Inst. h. t.; D. h. t. L. 7. § 10. 11. 12.; D. 6, 1. de rei vind. L. 23. § 7. L. 59.

rationem venditionis. — Si dominus fundi ex materia aliena in mala fide aedificavit, tunc praeter actionem de *tigno iuncto* conceditur domino materiae actio *ad exhibendum*, non quidem ut diruatur aedificium, sed in poenam fraudis aedificantis (25). Insuper resoluta aedificio adhuc remanet domino materiae actio vindicatoria (26).

Secundus casus. Qui ex materia propria in alieno solo aedificavit, ratione accessionis, superficiem amittit favore domini fundi. Distinguendum tamen an *bona* vel *mala fide* fecerit. — Si *bona fide* fecit dum *fundum non possideret* in quo aedificavit, nihil aliud superest nisi expectare ut aedificium diruatur ut sic vindicare possit (27); si *fundum possidet*, iure retentionis obtinere potest id quod interest, et dominum fundi aedificium sibi vindicantem repellere per exceptionem doli mali (28). — Qui *mala fide* in alieno aedificavit, stricto iure inspecto, omnia amittere debet (§ 30. Inst.). Attamen aequitatis ratione prohibitum est quominus dominus fundi locupletior fieret cum iactura alterius, licet hic alter versatus sit in mala fide (29).

240. *Accessio in rebus mobilibus fit adiunctione, specificatione et confusione.*

a) *Adiunctio* est unio duarum rerum mobilium ad diversos dominos pertinentium sine mutuo consensu ita facta, ut efficiatur unica res, quae divisionem non patiatur sine damno totius. Haec adiunctio habetur: 1° si gemma connectatur anulo (*inclusio*) — 2° si duo obiecta ex metallo solidantur seu coniunguntur immediate, sine interpositione alterius metalli (*ferruminatio*) vel ope alterius metalli (*adplumbatura*). — 3° scriptura in tabella vel simili materia (*scriptura*). — 4° si pingatur in tabula (*pictura*).

(25) D. 6, 1. de rei vind. L. 23. § 6.; L. 1. 2. D. de tigno iuncto 47, 3.

(26) L. 2. D. de tigno iuncto. De alia ratione rem explicandi, Cfr. *Ronga* I. p. 249.

(27) § 30. Inst. h. t. Cfr. tamen in hoc casu L. 38. D. de haered. pet. 5, 3. et L. 5. C. 3, 32.

(28) § 30. Inst. h. t. L. 48. D. 6, 1.

(29) Cfr. L. 38. D. 5, 3.; L. 5. C. 3, 2. Cfr. quoque *Ronga* I. p. 250.

Adiunctio non inducit accessionem, si res unitae commode possunt separari; tunc enim datur *actio ad exhibendum*, qua petitur rei propriae separatio ad illam deinde vindicandam (30). Si separatio commode haberi non possit (v. gr. in *ferruminatione*), tota res pertinet ad dominum partis principalis i. e. illius sine qua alia subsistere non potest (31) aut cuius alia est ornamentum aut accessorium rem complens vel eius usum reddens faciliorem (32). Dominus rei accessoriae ita amissae, si ipse causam dedit accessioni, habet ius ad indemnitate proportionatam incremento valoris qui accessit rei principali, modo unionem fecerit bona fide, quod ius solum protegitur *exceptione* (33). Si adiunctionem fecit dominus rei principalis, alteri datur *actio in factum* ad obtinendum pretium rei suae, salvo iure experiendi actiones, quae nascuntur ex furto, si verum furtum in casu concurrat (34).

b) *Specificatio* in eo consistit quod quis alienae materiae characterem specialem ita imprimat, ut novam speciem educat (D. h. t. L. 7. § 7.). Cum specificatio in propria materia inducta nullam prorsus habeat quaestionem, in specificatione facta in materia aliena quoad ius proprietatis in novam speciem quaestio fuit inter *Proculeianos* et *Sabinianos* (35), quam

(30) D. 10, 4. ad exhib. L. 6. 7. § 2.; D. 6, 1. de rei vind. L. 23. § 5.

(31) D. 6, 1. L. 23. § 3.; D. h. t. L. 26. § 3.; Inst. h. t. § 23. — Qua in re notanda est exceptio quae fit pro *pictura*, in qua tabula cedit picturae, non pictura tabulae (Inst. h. t. § 34.; D. h. t. L. 9. § 1. 2.). Domino tabulae, qui picturam non possideat, datur *vindicatio utilis*, cui se subtrahit pictor solvendo pretium tabulae, salva adhuc huius facultate totum tradendi si solvatur pretium laboris. Si dominus tabulae tabulam depictam possidet, pictori vindicanti opponere potest *exceptionem doli*, per quam vindicatio pictoris reiicitur nisi tabulae pretium solvat. *Gaius* II. 78.

(32) In defectu alterius criterii, habetur res principalis *portio maior*, vel *portio maioris pretii* L. 27. § 2. D. h. t.

(33) D. 6, 1. de rei vind. L. 23. § 14.; C. 3, 32. eod. L. 16.; D. 44, 4. de dol. mal. exc. L. 14.

(34) D. 6, 1. L. 23. § 4. 5.; D. 10, 4. ad exhib. L. 3. § 4.

(35) *Sabiniani* tenebant formam debere cedere materiae et inde novam speciem pertinere ad dominum materiae. *Proculeiani* propugnabant

definivit Iustinianus hac ratione: 1^o si integra materia erat aliena et species obtenta ad primam materiam reduci possit, nova species integre pertinet ad dominum materiae; si ad pristinam materiam reduci non possit, pertineat ad specificantem (36) — 2^o pariter ad specificantem res pertinet, si is saltem ex parte adhibuit materiam propriam (37).

Dominus materiae habet contra artificem *actionem in factum* ad repetendum pretium rei novae, detracto valore operae impensae. Insuper ipsi competit *vindicatio utilis* similis illi, quae competit domino tabulae respectu picturae (L. 29. 30. (24. 1.); praeterea gaudet actionibus ex furto nascentibus, si ratio furti verificatur. *Gaius* II. 79. (38). — Si res venit in proprietatem eius, qui dominus erat materiae, is qui specificationem bona fide fecit, si rem possidet, potest vindicanti opponere *exceptionem doli* ad petendam indemnitatem respondentem maiori valori, quem res ex specificatione acquisivit (39).

c) *Confusio, commixtio* vocatur connexio seu permixtio rerum, prout agatur de liquidis aut de solidis et differt a specificatione, quia hic non consideratur inductio novae speciei. Relate ad acquisitionem proprietatis confusio seu commixtio attenditur: 1^o si res ad diversos dominos pertinebant, et earum confusio facta sit sine utriusque consensu, 2^o praeterea non debet esse possibilis separatio, 3^o non debet

materiam potius formae cedere debere, ideoque rem specificatam ad specificantem pertinere. Nec deerant qui mediam viam tenerent, et rem adiudicarent domino materiae aut artifici, prout ad pristinam materiam posset reduci aut secus. L. 7. § 7. D. h. t.

(36) Inst. h. t. § 25.; D. h. t. L. 7. § 7. L. 24.; D. 6, 1. L. 5. § 1.

(37) Inst. h. t. § 25. ex quo textu praesertim attenta paraphrasi Theophili apparet in hoc casu locum non habere distinctionem inter casum quo possit et casum quo non possit res reduci ad pristinam formam. L. 5. § 1. (6, 1.) et L. 12. § 1. (41, 1.) agunt de casu quo specificatio facta sit ab uno in materia ad alios duos pertinente; quare doctrinae traditae non contradicunt.

(38) Cfr. *Ortolan*, Inst. I. p. 378.; *Ronga* I. p. 255.

(39) D. 6, 1. L. 23. § 4.; D. 44, 4. de dol. mal. L. 14.; C. 3, 32. de rei vind. L. 16.

esse producta inde nova quaedam res sive species. — Quibus positis, *in liquidis* res ex confusione resultans ad utrumque pertinet cum proportionem ad quantitatem et qualitatem propriae materiae, atque illa rata pars obtineri potest mediante *actione de communi dividundo* (40). *In solidis* utraque materia censetur manere et ad respectivum dominum pertinere (41) et loco actionis de communi dividundo datur actio vindicatoria, ex qua detentor massae ex confusione resultantis obligatur ad restituendam alteri parti portionem, quam iudex determinat habita ratione quantitatis et qualitatis propriae materiae (42).

§. 3. DE FRUCTUUM ACQUISITIONE.

241. Ius proprietatis in rem frugiferam non solum se protendit in fructus dum *adhuc pendentes* partes integrantes rei frugiferae sunt, sed complectitur etiam fructus, qui propter separationem existentiam acquisierunt propriam et independentem (43): omnes pleno iure ad rei dominum pertinent, etsi ipsorum productio sub alterius cura et diligentia locum habuerit (44); cui tertiae personae, quae impensas fecit, dum possessionem rei habuit, competit ius ut ipsi reficiantur expensae (45).

Sunt tamen personae, quae aut ratione iuris a domino concessi aut ex legis dispositione, rei ad alium iure dominii pertinentis fructus acquirunt, aut pleno iure per simplicem fruc-

(40) Inst. h. t. § 27.; D. 6, 1. de rei vind. L. 3. § 2.; D. 10, 3. communi divid. L. 2.

(41) In permixtione pecuniae alienae cum propria per exceptionem totum pertinet ad permiscentem, salva alteri actione personali pro damnis. D. 46, 3. de solut. L. 78.

(42) Inst. § 28. D. 6, 1. L. 5. pr.

(43) Hoc ius ad fructus adeo videtur cohaerere cum iure dominii, ut minus apte videatur hic intrudi acquisitio fructuum *per quamdam accessionem*.

(44) Inst. h. t. § 19. 37.; D. 6, 1. L. 5. § 2.; D. 22, 1. de usur. L. 25. § 1.

(45) *Gaius* II. 75. 76.; D. h. t. 41, 1. L. 9.; D. 5, 3. de haered. pet. L. 36. § 5.; Inst. § 32. h. t.; C. 7, 31. de fruct. L. 1.

tuum separationem, ut accidit in emphyteuta (46) et in bonae fidei possessore (47), aut per perceptionem quae ipsorum fructuum possessionem praesupponit, ut in conductore et usufructuario.

Praesertim vero hic considerandus est *bonae fidei possessor*, cui bona fides cum iusto titulo dat ius acquirendi fructus si bona fides adhuc perduret cum fructus separantur (48), etiamsi res usucapioni non sit obnoxia (D. h. t. (41, 1.) L. 48. pr.). Debet tamen domino rem vindicanti cum re restituere *fructus extantes* (49).

CAPUT VI.

DE MODIS DERIVATIS ACQUIRENDI DOMINIUM

§ 1. DE TRADITIONE.

242. *Traditio*, considerata ut modus acquirendi dominium, est *transmissio possessionis alicuius rei ab uno in alterum facta ex intentione illi conferendi rei proprietatem*. Est ordinarius et magis universalis modus transferendi proprietatem, cum iure romano haec non transmittatur per sola pacta seu conventiones, quae solum producunt ius crediti seu ius alterum obligandi ad proprietatem transferendam: *dominia re-*

(46) D. 22, 1. de usur. L. 25. § 1.

(47) D. h. t. L. 48.; D. 22, 1. de usur. L. 25. § 1. L. 28.; D. 7, 4. quibus mod. us. L. 13. Quae loca sunt concilianda cum L. 4. § 19. (41, 3.) ubi acquisitio fructuum videtur fieri dependens a consummatione.

(48) D. h. t. L. 48. § 1. L. 23. § 1. Superveniens mala fides impedit acquisitionem fructuum, non obstante contraria opinione Iuliani in L. 25. § 2. D. de usur. 22, 1.; quae opinio fuit derelicta. Porro bona fides deficit non solum per exercitium actionis vindicatoriae, sed etiam per supervenientem scientiam de vizio tituli possessionis.

(49) Inst. § 25. h. t. § 2. de off. iudic. (4, 17.); C. 3, 32. de rei vind. L. 22. — Quae obligatio restitutionis fructuum extantium non pugnat cum veri iuris in fructus acquisitione: *fructus interim facit suos* cit. L. 48. h. t. D. Quamvis hac in re non desit controversia inter iuris interpretes. Cfr. *Arndts-Serafini* I. § 151.; *Ronga* I. p. 258.

rum non nudis pactis, sed traditionibus transferuntur (C. 2, 3. de pact. L. 20.).

243. Ad traditionis vim, prout est modus dominium acquirendi, quatuor requiruntur:

1^o *Capacitas subiecti tradentis*, quae exigit ut is habeat dominium rei quam tradit (1) et praeterea capacitatem alienandi, qua in genere carent impuberes, dementes, prodigi; minores vero illam capacitatem habent certis limitibus circumscriptam.

Defectus domini in transferente potest suppleri antecedente vel subsequente consensu veri domini (2). Creditor pignoratitius proprietatem rei oppignoratae transfert venditione (3). Altera exceptio habetur in hoc quod alienationes a fisco factae, itemque ab Imperatore (et etiam ab Augusta) semper transferunt proprietatem in acquirentem, salva semper antiquo domino actione personali contra alienantem intra quadriennium proseguenda (4).

Si is, qui cum dominus non esset, proprietatem in alterum traditione transtulit, deinde rei traditae proprietatem acquirit, tertia persona cui facta fuerat traditio non idcirco acquirit ius proprietatis, sed contra eum qui tradidit et postea rem sibi vindicat potest sese tueri *exceptione rei venditae et traditae* (5); praeterea, si *bona fide* rem traditam accepit, potest actionem instituere contra quemcumque detentorem et contra ipsum transferentem eiusque successores sive titulo universalis sive titulo particulari. — Idem principium applicatur

(1) « Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert ». D. h. t. 41, 1. L. 20. pr.

(2) D. h. t. L. 9. § 4.; D. 24, 1. de donat. inter vir. et uxor. L. 38. § 1.

(3) « Non est novum, ut, qui dominium non habeat, alii dominium praebeat. Nam et creditor pignus vendendo causam domini praestat, quam ipse non habuit ». D. h. t. L. 46.

(4) C. 7, 37. de quadr. praescr. L. 2. 3.

(5) D. 21, 3. de except. rei vend. et trad. L. 2. 3.; D. 6, 1. de rei vind. L. 72.; D. 44, 4. de doli except. L. 4. § 32.

in casu quo verus dominus fiat haeres illius qui rem non suam per traditionem alienavit. (D. 21, 2. *de evict.* L. 73.).

2º requiritur *capacitas in accipiente* non solum habendi dominium sed etiam acquirendi rei traditae dominium: requiritur ergo capacitas habendi voluntatem requisitam ad capendam rei possessionem, cum traditio aliud non sit quam captio possessionis de consensu proprietarii facta (6); unde traditio etiam procuratori acquirentis fieri potest.

3º requiritur *factum translationis*, quod locum habere potest omnibus modis, quibus acquiritur possessio per traditionem alterius; quare sufficit etiam illa traditio quae dicitur *brevi manu* et *constitutum possessorium*. Quare si acquirens iam possidet rem nomine proprio, factum translationis suppletur per consensum alienantis (7); si possidebat nomine alienantis, sufficit ut hic permittat pro se possidere (*traditio brevi manu*); sufficit etiam ut proprietarius declaret se incipere possidere nomine acquirentis (*constitutum possessorium*).

4º *Consensus in effectum translationis*, seu *intentio transferendi* et respective *acquirendi* rem traditam. Simplex traditio sine illa intentione dat possessionem seu detentionem rei, non dominium; ut hoc etiam transferatur, requiritur ut tradens et accipiens conveniant circa actus perfectionem ex quo transfertur dominium rei.

Requiritur autem: a) ut utriusque partis consensus feratur in eandem rem. Si erronee traderetur res distincta ab ea quam intendebat tradens vel accipiens (*error in corpore*), translatio domini non fieret (8). Disputatur an error *de iure* proprietatis translationem impediat: videtur dicendum non requiri ut tradens cognoscat suum ius proprietatis aut acquirens ius proprietatis ipsius tradentis (9): si tamen tertia persona rem

(6) D. 41, 2. *de acqu. poss.* L. 1. § 22.; D. 10, 4. *ad exhib.* L. 7. § 3.

(7) « Si rem meam possideas, et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit ». D. h. t. L. 21. § 1.

(8) D. 41, 4. *pro emptore* L. 2. § 6.; D. h. t. 41, 1. L. 36.; D. 41, 2. *de acqu. poss.* L. 34. pr.

(9) D. 22, 6. *de iur. et fact. ignor.* L. 9. § 4.; D. 40, 2. *de manum. vind.* L. 4. § 1.; Inst. II. 20. *de legat.* § 11.

quam erronee putaret Titii traderet Caio, non esset valida translatio domini (10).

b) Quamvis non necessario voluntas tradendi dirigi debeat in determinatam personam (11), si tamen dirigitur ad personam distinctam ab ea, quae habet voluntatem acquirendi, translatio non est valida (12), et accipiens cum notitia erroris in persona furtum committit. Accipiens vero, qui non manifestat voluntatem acquirendi pro persona distincta ab ea, quam designavit tradens, intelligitur tradentis intentionem facere suam.

c) Traditio debet esse executio facti iuridici in quo contineatur illa intentio transferendi domini (*iusta traditionis causa*) v. gr. donatio, emptio venditio, solutio debiti. Supposita voluntate et causa traditionis in qua illa voluntas continetur, proprietas transfertur etsi motivum traditionis deficiat, aut a lege non sit recognitum aut inter partes sit circa illud motivum dissensus, salva tamen actione personali sc. *condictio sine causa* aut *condictio indebiti* (13).

(10) « Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam, quasi meam vel pupilli, alii tradiderint, non recepit ab iis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit ». D. h. t. L. 35. — Casus inversus habetur in L. 15. § 2. D. de contrah. empt. 18, 1. « Si rem meam mihi ignoranti vendideris, et iussu meo alii tradideris, non putat Pomponius, dominium meum transire, quoniam non mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire; et ideo etiamsi donaturus mihi rem meam iussu meo alii tradas, idem dicendum erit ».

(11) Cfr. casum de *iactu missilium*, in quo habetur *traditio in incertam personam collocata* § 46. Inst. 2, 1.; D. h. t. L. 9. § 7.

(12) D. 39, 5. de donat. L. 13.; D. 47, 2. de furtis L. 43. § 1.; D. h. t. L. 37. § 6.

(13) « Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio: veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat ad te proprietatem transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi et accipiendi dissenserimus ». L. 36. D. h. t.

Effectus traditionis.

244. Traditio, quae praedita est requisitis conditionibus, rei proprietatem prout ea apud tradentem reperitur in accipientem transfert cum iuribus et obligationibus rei adnexis, quae tamen sint iura vel onera *in re*, non mere personalia, velut ius ortum ex locatione. (L. 20. § 1. D. h. t.). Quem effectum non producit traditio *conditionalis*, nisi postquam impleta est conditio (14). In casu emptionis-venditionis translatio proprietatis, praeter traditionem rei, exigit solutionem pretii; interim, dum pretium nondum solutum est, venditor rei proprietatem retinet in quasi cautionem solutionis pretii, nisi iam emptor fidem seu cautionem dederit aut dilationem ad solvendum a venditore obtinuerit (D. 18, 1. *de contrahenda empt.* L. 1.).

§ 2. DE ADIUDICATIONE.

245. *Adiudicatio* in sensu stricto significat actum iudiciale per quem alicui attribuitur rei dominium. Quae adiudicatio praesertim habet locum in iudiciis *divisoriiis*, in quibus a iudice pars aliqua rei partibus id postulantibus in dominium tribuitur cum suis pertinentiis seu cum iuribus et oneribus. Quae iudicia divisoria habentur in partitione haereditatis (*actio familiae erciscundae*), in definitione limitum rei inter duos dominos (*finium regundorum*) et in divisione condominii (*communi dividundo*). In his casibus ad acquirendum dominium traditio non requiritur. — Alter casus adiudicationis habetur *in pignore iudicali*, cum pignoris nullus invenitur emptor attribuitur dominium creditori. — Tertius casus habetur *in missione in bona damni infecti causa*, cum videlicet damnum a re timetur, neque dominus pro ea cavere vult, attribuitur dominium ei qui ius habet ad cautionem (15).

Huiusmodi attributio a iudice facta in casibus specialibus non est confundenda cum iudicis sententia in iudiciis de

(14) D. 23, 3. de iure dot. L. 9. pr. et § 1.; D. 41, 2. de acqu. poss. L. 38. § 1.

(15) D. 39, 2. de damno inf. L. 7. pr.

causa proprietatis, per quam iudex non affert dominium, sed dominium iam existens recognoscit et sua sententia firmat. L. 8. § 4. D. *si serv. vind.* 8, 5. iunct. L. 35. § 1. *de rei vind.* 6, 1.

CAPUT VII.

DE USUCAPIONIBUS ET PRAESCRIPTIONIBUS

Inst. 2, 6. *de usucap. et longi temp. possess.*

D. 41, 3. *de usurpation. et usucapion.*

C. 7, 33. *de praescript. longi temp. et 10. vel 20. ann.*

246. Licet usucapio soleat recenseri inter modos originarios acquirendi dominium, propter rei momentum et extensionem de ea distincto capite videtur agendum.

Notio. Usucapio est modus acquirendi dominium mediante possessione, quae perduret eo tempore iisque conditionibus sit praedita quas lex requirit (1). Antiquitus fuit designata vocibus *usus auctoritas* vel *usus et auctoritas*, ubi *usus* significat possessionem, *auctoritas* tuitionem quam lex dat proprietati (2). Deinde adhibita vox usucapio.

§ 1. DE USUCAPIONE ANTIQUI IURIS.

247. Originem usucapionis esse antiquissimam iam exinde patet quod agnoscitur in lege XII. Tabularum, ita enim illa lex edicebat « usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annuus usus esto » (3). Quare cum sub nomine fundi

(1) *Modestinus* ita eam definit L. 3. D. h. t. « est adiectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti ». — *Ulpianus* vero XIX. 8. ita: « est domini adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii: rerum mobilium anni, immobilium biennii ».

(2) D. 50, 16. de verb. sign. L. 115. *Cicero*, De offic. I. 12.

(3) *Gaius* II. 42. « Mobilium quidem rerum anno completur usucapio, fundi vero et aedium biennio ». Hic sermo est de aedibus, quae non memorantur in lege XII. Tab. sed videtur satis cito aedes esse equiparatas fundis. Sic *Cicero*, Top. 4, 23. « quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sic etiam aedium: at in lege aedes non appellantur et

fuerint etiam comprehensae aedes, usucapioni rerum corporalium fuit praescriptum biennium pro immobilibus, annus pro mobilibus. Relate ad iura, haec, tamquam comprehensa inter *ceteras res*, poterant usucapi uno anno, exceptis servitutibus, quarum usucapio erat perficienda spatio duorum vel unius anni prout referretur ad res immobiles vel mobiles.

Usucapio inserviebat: 1° ad transformandam in quiritariam proprietatem bonitariam, v. gr. si quis proprietatem rei *mancipi* acquisivisset simplici *traditione*, non solemnī forma *mancipationis* vel *in iure cessionis* (*Gaius* II. 41. III. 80.). 2° ut converteretur in dominium civile factum possessionis, in casu quo quis rem acquisivisset ab eo qui dominus non erat vel capacitate alienandi careret (*Gaius* II. 43.).

Ad hoc autem requirebatur: 1° *capacitas subiecti*, ut scilicet is qui possidebat esset subiectum capax proprietatis quiritariae, unde usucapere solum poterat civis romanus et qui ius *commercii* haberet, non peregrini. Huc videtur spectare principium in lege XII. Tabul. contentum « *adversus hostem aeterna auctoritas esto* », vi cuius rei proprietas adversus non civem nec iure commercii gaudentem semper poterat vindicari quocumque demum tempore res ab illo fuisset possessa. (*Gaius* II. 65.; *Ulpianus* XIX. 4.).

2° *Capacitas obiecti* in hoc consistens ut agatur de re quae possit esse obiectum domini civilis, ut erant fundi italici, res mobiles tam *mancipi* quam nec *mancipi*, non autem fundi provinciales nec res extra commercium (*Gaius* II. 43. 46. 48.). — Erant quoque exclusae res furtivae, res *mancipi alienatae* sine auctoritate tutoris pertinentes ad mulierem constitutam sub tutela et res quarum prohibita erat alienatio (*Gaius* II. 45. 47. 80.).

3° *Possessio apta*. Ad hoc autem requirebatur iustus titulus et bona fides et continuatio possessionis per tempus praescriptum (*Gaius* II. 43. 51., *Paulus* V. 2. 4.). Terminus

sunt ceterarum omnium, quarum annus est usus ». Idem *pro Coecina*: « Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium: at utimur eodem iure in aedibus quae in lege non appellantur ».

autem usucapionis, ut dictum est, biennium pro rebus immobilibus, annus pro mobilibus.

De usucapione anormali antiqui iuris civilis.

248. Tres modi anormales usucapionis fuerunt admissi in antiquo iure: usucapio *pro haerede*, *usureceptio ex fiducia*, *usureceptio ex praediatura* (*Gaius* II. 52. 59. 61.); quorum duo posteriores pertinent ad recuperationem haereditatis. Non exigebatur in his casibus iustus titulus nec bona fides.

I. *Usucapio pro haerede* videtur fuisse introducta in favorem cognatorum, qui nequidem in defectu agnatorum vocabantur ad haereditatem ab intestato; unde ipsis medium facile praebebat succedendi in casu quo deficerent agnati. Haec usucapio fiebat spatio unius anni.

Haec usucapio partim fuit abrogata per SC. Adriani, quo edicebatur possessorem malae fidei alicuius haereditatis non posse usucapionem opponere contra verum haerodem (*Gaius* II. 57.); deinde penitus abolita per aliud SC. Marci Aurelii, quo comminabatur poena criminalis contra usurpatorem bonorum haereditariorum (D. 47. 19. *expilat. haered.* L. 1.).

II. *Usureceptio ex fiducia* erat usucapio, qua recuperabatur res alienata sub fiducia seu sub conditione eam sub certa conditione reddendi (*Gaius* II. 59. 60.). Possessio annalis, quae erat sufficiens ad hanc usucapionem etiam pro immobilibus, habebat locum *retrotraditionis rei*. Sed iure Iustiniano non amplius agnoscitur.

III. *Usureceptio ex praediatura* erat usucapio qua recuperabatur res obligata Statui et ab ipso vendita, quae venditio a Statu facta vocabatur *praediatura*, quia pro obiecto habebat praesertim immobilia, *praedia* (*Gaius* II. 61.). Perficiebatur spatio unius vel duorum annorum prout ageretur de re mobili vel immobili. Haec quoque deinde disparuit.

§ 2. DE PRAESCRIPTIONE IURIS PRAETORII.

249. Cum usucapio non pertineret ad peregrinos nec posset habere pro obiecto fundos provinciales, *ius praetorium* pro-

videns novis necessitatibus et conditionibus socialibus introduxit *praescriptionem longi temporis* fundatam in possessione bona fide acquisita et cum iusto titulo et continuata per longum tempus (4), quod initio fuit varium, deinde sine distinctione inter res mobiles et immobiles definiti fuerunt 10. anni inter praesentes, 20. inter absentes (5). Atque initio quidem *praescriptio longi temporis* habuit effectum dumtaxat protegendae possessionem, cum possessori solam daret exceptionem, quae tamen opponi poterat non solum domino rem vindicanti sed etiam contra actionem creditorum in dicta re hypothecam vel aliud ius reale habentium. Progressu vero temporis etiam illum habuit effectum ut possessori ius simile iuri proprietatis tribueret, quod ius fuit protectum *actione reali*, qua possessor, qui post perfectam praescriptionem possessionem amisisset, poterat rem vindicare a quocumque rei detentore (*vindicatio utilis*); et si is a quo res petebatur opponebat *exceptionem iusti dominii*, poterat vicissim opponi *replicatio longi temporis*.

Hac ratione *praescriptio longi temporis* assimilata *usucapioni*, cum iam omnes habitantes in Imperio romano civitatem obtinuissent, discrimen vero iuridicum inter solum italicum et solum provinciale iam esset sublatum, facile poterant confundi in unum institutum iuridicum *praescriptio longi temporis* et *usucapio*, quae sola duratione temporis differebant. Id de facto praestitit Iustinianus.

§ 3. DE USUCAPIONE ET PRAEScriptionE IURIS IUSTINIANEI.

250. Iustinianus omnem, quae adhuc supererat, differentiam inter usucapionem et praescriptionem abolevit, retenta effi-

(4) Cum usucapio antiqui iuris non interromperetur per actionem rei vindicatoriam a domino oppositam, praescriptio longi temporis per illam actionem interrompebatur, cum illa praescriptio initio fuerit considerata ut medium defensionis et media defensionis in tantum valent, in quantum tempore propositae actionis iam essent acquisita. C. 7, 33. de praeser. longi. L. 10.

(5) D. 44, 4. de div. temp. praeser. L. 12.; C. 7, 36. si adv. cred. L. 1. 2.

cacia usucapionis et mensura temporum praescriptionis; inde orta usucapio iuris novi pertinens ad omnes et ad fundos etiam provinciales (6). Insuper ad sanandum defectum alicuius conditionis in praescriptione ordinaria requisitae, aliam introduxit praescriptionem extraordinariam seu longissimi temporis, quam etiam ulterius tempore produxit, si ageretur de rebus Ecclesiae aut Principis aut etiam de rebus litigiosis (7).

I. De usucapione ordinaria iuris Iustiniani.

251. Requisita usucapionis sunt: *possessio, res habilis, titulus iustus, bona fides, tempus requisitum*.

Possessio.

252. Primum requisitum est *possessio*, quae habeatur *animo domini*, non qua quis possidet pro alio velut locatarius, quae possessio solum dat ius ad *interdictum* non ad *usucapionem*. Quae possessio, ne impar reddatur ad effectum usucapionis gignendum, oportet ut non sit affecta aliquo vitio: vitiosa autem est possessio, quae *vi, clam* aut *precario* comparata est. Quae vitia maximam relationem habent cum iusta causa et cum bona fide, non tamen necessariam; nam fieri potest ut usucapioni locus non sit, quamvis et iusta causa et bona fides adsint, sed existat vitium possessionis (8). Exemplum habetur in eo, qui per vim potitus sit re aliqua sibi relicta per legatum vindicationis.

Stricte loquendo sufficeret quod vitium abesset in ipso possessionis exordio; semel enim iusta possessione adepta, usucapio currere debet, quamvis vitium superveniat (L. 4. § 28. D. h. t.). Tamen id non valet in casu, quo vitium superveniens sit precarium vel clandestinitas: est enim contradictio possidere pro suo et pro alieno, aut possidere pro suo et clam (9).

(6) Inst. h. t. pr.; Arg. C. 7, 31. de usucapione transformanda, Rubrica et L. un. § 1.

(7) L. un. C. 7, 25.; L. un. C. 7, 31.; L. 12. C. 7, 33.; L. 8. C. 7, 39.

(8) L. 8. D. pro legato 41, 8.

(9) D. 13, 7. de pignorat. act. L. 29.; D. 41, 10. pro suo L. 4. pr.; D. 41, 4. pro emptore L. 6.

Res habilis.

253. Obiectum, quod est in possessione, capax esse debet usucapionis; non enim ex obiecti capacitate ad possessionem deduci *absolute* potest capacitas usucapionis, licet *generatim* loquendo obiectum usucapionis est quidquid capax est possessionis (*Gaius* II. 48.).

Leges peculiaribus rationibus quasdam res usucapi prohibuerunt: quae prohibitio est vel *directa* vel *indirecta*.

I. *Prohibitio directa*. Directe prohibitae sunt:

1^o *Res furtivae* (ex lege *Atilia* seu *Atinia*) (10): nisi huiusmodi prohibitio lata fuisset a legislatore, furis malitia praemium aliquando consequi posset, si non directo modo propter defectum bonae fidei, saltem modo indirecto per alienationem rei furto sublatae. Quare prohibitio usucapionis refertur ad tertias personas, non ad ipsum furem pro quo non erat necessaria.

2^o *Res vi possessae* ob similem rationem, illa enim violentia ordinem socialem non minus turbat, quam clandestina sublatio (11).

3^o *Res donatae* aut donationis gratia sub titulo oneroso remissae *magistratui* qui iurisdictioni praeest—contra prohibitionem legis *Iuliae repetund.* (12) Romani maxime solliciti fuerunt ne iustitiae ratio detrimentum pateretur. Cum autem hominum honestas facillime discrimen pati possit inter munera, praesertim si magni valoris, cautum fuit ne magistratus, dum officium suum gereret in aliquo loco, munera accipere posset: extra provinciam vero id non erat prohibitum, quia tunc deerat fundamentum periculi corruptionis.

4^o *Res immobiles* a possessore *mae fidei alienatae* in scio domino Nov. 119. c. 7. ,

(10) *Gaius* II. 45. 49. sq.; § 2. Inst. h. t.; D. h. t. L. 4. § 6–14. L. 42. De peculiari casu usucapionis partus ancillae furtivae. Cfr. *Rugieri*, II possesso II. § 572. sq..

(11) *Gaius* II. 45.; Inst. h. t. § 2.; D. h. t. L. 4. § 22. L. 33. § 2. — *Iustinianus* hanc incapacitatem obiecti quoad usucapionem coëreuit ad primum tantummodo acquirentem in bona fide. Nov. 119. c. 7.

(12) D. 48, 11. de lege *Iulia repet.* L. 8.

Harum rerum usucapio prohibetur, etiamsi res ab improbo detentore ad aliorum manus pervenerint, *nisi vitium fuerit purgatum*. Vitium autem purgatur vi legis *Atiniae* per reversionem rei ad eum cui fuerat subrepta; vel iuxta iurisprudentiam posteriorem, per reversionem ad dominum: quae reversio ad dominum fit, 1° si is recuperat rei possessionem, sciens eam sibi fuisse ablatam, ita ut iuridicis modis illa possessio ipsi auferri non possit, 2° si actionem vindictoriam in rem instituere possit, 3° si rem detentori vendiderit (13).

II. *Prohibitio indirecta*. Indirecte prohibitaе fuerunt usucapi omnes generatim res, quarum alienatio vetita fuit: speciatim vero:

1° *Res litigiosae* (C. 8, 37. *de litigios.* L. 2, 4.).

2° *Immobiles dotales*, usquedum mulier ipsorum immobilium restitutionem exigere non posset (D. 23, 5. *de fundo dot.* L. 16.; C. 5, 12. *de iure dot.* L. 30.).

3° *Bona* constituentia peculium adventitium *filiorum* adhuc sub potestate constitutorum (C. (6, 60.) L. 1., (6, 61.) L. 4., (7, 46.) L. 1. § 2.; Nov. 22. c. 24.).

4° *Bona pupilli* aut *minoris* sine iuris solemnitatibus alienata (14).

5° *Res legatae* et ab haerede contra testatoris voluntatem alienatae; item res a tutore impuberis alienatae contra testatoris voluntatem. (C. 6, 43. *de legat.* L. 3. § 3.; C. 6, 26. *de usuc. pro empt.* L. 2.).

III. Speciatim prohibita erat usucapio: 1° relate ad res pertinentes *ad fiscum* vel ad *principem*. (Inst. § 9. h. t.; L. 18, 24. D. h. t.).

(13) Inst. h. t. § 8.; D. h. t. L. 4. § 6, 12, 13, 14, 21, 26. L. 32. pr.; D. 47, 2. *de furtis* L. 84. 86.; D. 41, 4. *pro emptore* L. 7. § 7.

(14) C. 2, 41. in quib. caus. L. 5. Iure antiquo, in quantum non erant prohibita alienari subiacebant *usucapioni*, salvo remedio *restitutionis in integrum*, sed erant exclusa a *praescriptione longi temporis*. Iure novo illa iuris antiqui usucapio evasit impossibilis, quamvis non desint qui contrarium sentiant. Cfr. *Maynz* III. 346. 356.; *Wangerow*, I. § 317.

2º Quoad res *immobiles Ecclesiae* vel piaë alicuius fundationis. Nov. 111. c. 1., Nov. 113. c. 6. (15).

Iustus titulus.

254. Ad usucapionem requiritur *iustus titulus*. Est autem iustus titulus causa iusta seu causa habilis ad transferendum rei dominium per se cum concursu traditionis, quae tamen causa in casu est de facto insufficiens ad transferendum dominium propter aliquod vitium; quod vitium generatim constitit in hoc, quod tradens aut non habet rei proprietatem aut non habet capacitatem alienandi; vitium autem illud debet esse ignoratum ab acquirente propter errorem facti probabilem seu excusatione dignum, ne in acquirente detur mala fides (16).

Tot ergo sunt iusti tituli, quot sunt actus includentes voluntatem transferendi dominium ex parte unius et acquirendi ex parte alterius. Principaliiores, de quibus specialem mentionem habemus in Digesto sunt sequentes: *Pro emptore* possidet qui rem vere emit, sed ab eo qui non erat proprietarius vel carebat capacitate alienandi (17). — *Pro donato* possidet is, cui donationis causa res tradita est ab eo, qui dominus non erat. — *Pro soluto* is possidet, cui res tradita est in solutionem rei alterius aut sibi non debitae. — *Pro dote* is possidet, qui rem aliquam in dotem accipit. — *Pro derelicto* is possidet, qui occupavit rem, quae a non domino habita est pro derelicta. (D. libr. 41, tit. 4-10.). — *Pro legato* is pos-

(15) Res *mobiles* personae iuridicae, cum possent alienari, etiam poterant usucapi. Quoad res ad *civitatem* pertinentes, videtur dicendum usucapioni fuisse obnoxias. Cfr. *Ruggieri* II. § 655.

(16) Instit. pr. h. t.; C. 7, 14. de ingen. man. L. 6.

(17) Usucapio videtur incipi posse etiam ante solutionem pretii, quamvis de iure ordinario illa solutio sit conditio necessaria ad translationem domini; nam emptori competit actio *Publiciana*, quae supponit emptorem esse in conditione usucapiendi. — Si sub conditione emptio facta est, pendente conditione emptor usu non capit; idemque est si putet conditionem extitisse, quae nondum venit, similis est enim ei, qui putat se emisisse. D. 6, 2. De publ. in rem L. 8.; D. 41, 4. pro emptore L. 2. § 2.

sidet, cui aliquid legatum est. — Tandem *pro suo* dicitur quis possidere, cum possidet uno ex illis titulis, qui formula aliqua speciali non fuerunt in iure designati v. gr. ex divisione iudiciali aut ex transactione. (D. 41, 10. *pro suo* L. 4. 5.; C. 7, 26. *pro emptore* L. 8.).

De titulo *pro haerede* adest disputatio inter auctores (18). Dicitur habere locum, cum aut verus haeres rem possidet non haereditariam putans tamen esse talem, aut non haeres possidet rem vere haereditariam putans tamen se haeredem. Si verus haeres possidet tamquam bona haereditaria res quae ad *auctorem* non pertinebant, triplex distinguendus casus: vel enim *auctor* possidebat *ad usucapionem* et tunc haeres possessionem continuat eodem titulo ac auctor, cui succedit in possessione sicut eius personam continuat (Arg. D. (41, 4.) *pro empt.* L. 2. § 19.); vel auctor simplicem habebat detentionem aut possessionem *ad interdicta*, et tunc sicut auctori ita et successori est impossibilis usucapio; vel tandem auctor rem nullo modo possidebat, et tunc non potest esse quaestio de usucapione *pro haerede*, sed servatis servandis de usucapione *pro suo*.

Iustus titulus debet vere existere, nec sufficit quod existimetur adesse (Inst. h. t. § 11.). Quodsi possessor ob errorem probabilem innixum obiectivis rationibus bona fide putet existere titulum, qui reapse non existit, in hoc casu illa existimatio titulum supplet (19). Id accidit v. gr. in casu quo procurator accepto mandato rem emendi, eam sibi modo illegitimo procurat eamque tradit mandanti quasi emptam. L. 2. *pro emptore* (41, 4.). — Existentia vero tituli, et a fortiori erroris, quo is suppletur, non praesumitur sed ab allegante est probanda. D. 6, 2. L. 13. § 2.

(18) Cfr. *Ruggieri* II. § 541. sq.; *Gasparolo* III. § 114.; *Van Wetter* I. § 184.

(19) D. 6, 3. de pub. in rem act. L. 3-5.; D. 23, 3. de iure dot. L. 67.; D. 41, 4. *pro emptore* L. 2. § 8, 15, 16.

Bona fides.

255. Ad usucapionem requiritur *bona fides* (20). *Bonae fidei* descriptio habetur in L. 109. D. *de verb. sign.* 50, 16.: « Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem esse alienam, aut putavit eum qui vendidit, ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse ». Unde in genere videtur consistere in opinione dominii (21). Quoniam vero *plus est in re quam in estimatione*, bona fides censetur adesse, si quis putat se carere titulo, quem reapse habet (22).

Bona fides semper fundatur in aliquo errore, quippe oritur ex ignorantia impedimenti, quod obstat acquisitioni dominii. Iuvat autem ad bonam fidem habendam error *facti*, qui sit *probabilis*, non iuvat error iuris (23).

Bona fides debet existere cum acquiritur possessio, nec nocet mala fides forte existens cum ortus est iustus titulus, aut postea superveniens (24), excepta possessione quae acquiritur per contractum emptionis-venditionis, quae requirit bonam fidem iam tempore emptionis existentem (25).

Si possessio acquiritur per procuratorem, respicitur bona aut mala fides mandantis seu principalis momento quo habuit notitiam apprehensionis rei (26). — Ubi possessio per alium

(20) Quae bona fides videtur requiri tamquam elementum distinctum a iusto titulo. *Gasparolo* III. § 116.

(21) De facto in pluribus iuris locis illa bona fides videtur designari per *opinionem* seu *cogitationem dominii*. Cfr. D. 9, 4. de nox. act. L. 22. § 1.; D. 6, 2. de pub. act. L. 13.; D. 41, 3. de usurp. et usuc. L. 38.; D. pro suo (41, 10.) L. 1. 5.; C. 6, 2. de iuris vel facti ign. L. 21. etc. — Alii ponunt in errore *excusabili*; alii in *persuasione* quod nulla iniuria alteri inferatur.

(22) D. 41, 3. L. 44. § 4.; D. pro emptore (41, 4.) L. 2. § 2.; pro derelicto (41, 7.) L. 5.; pro donat. (41, 6.) L. 3.

(23) D. h. t. L. 31. 34. 44.; D. 41, 10. pro suo L. 5. § 1., (41, 4.) pro emt. L. 2. § 15.; D. 22, 6. de iur. et facti ign. L. 4.

(24) D. 41, 4. pro empt. L. 2. § 13. 19. L. 7. § 4.; Inst. h. t. § 12.; C. 7, 31. de usuc. trans. L. un.

(25) D. h. t. L. 10. pr. L. 15. § 3. L. 48.; D. 41, 4. pro empt. L. 2. pr. et § 13.

(26) L. 47. D. h. t.; L. 49. § 2. de acqu. poss. 41, 2.; L. 2. § 12. D. pro empt. 41, 4.

acquiritur etiam sine voluntate principalis, respicitur bona vel mala fides procuratoris, ita tamen ut nihilominus usucapio impediatur si tempore captae possessionis principalis esset in mala fide (27).

Tempus requisitum.

256. I. Tempus requisitum est *triennium* pro rebus *mobilibus*; pro rebus *immobilibus*, *decennium* inter *praesentes* (i. e. si dominus et possessor in eadem provincia commorantur), *viginti anni* inter *absentes* (i. e. si in diversa provincia commorantur). Si partim fuerint praesentes, partim absentes, duo anni absentiae pro uno praesentiae computantur (28). Tempus autem supputatur non naturaliter sed civiliter, non a momento ad momentum, sed ad dies, ita ut dies incepta pro completa habeatur (29).

II. In tempore possessionis computando potest coniungi cum tempore actualis possessoris, tempus quo possedit *auctor*, modo inter *auctorem* et *successorem* non interveniat tertius possessor (30). Quae coniunctio temporis possessionis dicitur *accessio possessionis* vel *temporis*; et distingui potest successio titulo universali et titulo particulari.

1º Ex titulo *universali* in haerede, sicut haeres continuat personam defuncti ita et eius possessionem. Quare si defunctus erat in bona fide, haeres potest coniungere possessionem etiamsi ipse sit in mala fide, quia mala fides superveniens auctori non nocuisset. Praeterea haeres potest coniungere possessionem haereditatis iacentis, quae etiam usucapionem complere potest (31). — Si auctor erat in mala fide, haeres etsi in bona fide non potest iuridice invocare possessionem auctoris nec propriam; quare in hoc casu usucapio est ipsi impossibilis sicut fuisset auctori etiamsi deinde fuisset con-

(27) L. 43. § 1. D. h. t.; L. 2. § 10. 13. D. pro empt. 41, 4.

(28) C. 7, 31. de usuc. trans. L. un., 7, 33. de praeser. L. 12.; Nov. 119. c. 7. 8.

(29) D. 44, 4. de div. temp. L. 15.; D. h. t. L. 6. 7.

(30) C. 7, 31. de usuc. trans. L. un.; D. h. t. L. 20.

(31) D. h. t. L. 31. § 5. L. 40.

stitutus in bona fide; iuridice in hoc casu possessio est malae fidei sicut possessio defuncti (Inst. h. t. § 12.).

2^o Qui successit titulo *particulari* v. gr. *emptor* habet distinctam possessionem ab eo cui succedit, cuius personam non continuat. Quare coniunctio sive accessio possessionis exigit bonam fidem in utroque. Si solus venditor est in bona fide, usucapio fit impossibilis, quia illius possessio interrumpitur per malam fidem emptoris in quem possessio transiit (D. 41, 4. *pro empt.* L. 2. § 17.). Si solus emptor est in bona fide, ipse potest *incipere* usucapionem ex proprio titulo *pro emptore* (D. 44, 3. *de div. tempor. praeser.* L. 5. pr.).

Continuatio possessionis.

257. Possessio tempore statuto debet esse *continua*; quare interruptio (*usurpatio*) possessionis impedit cursum usucapionis. Quae interruptio potest esse *naturalis* aut *civilis*.

1^o *Naturalis* interruptio habetur, quando quis ex quacumque causa possessionem amittit. Qui possessionem *amissam recuperat*, debet, servatis servandis, novam usucapionem incipere, quin possit iuvare priori possessione (32).

2^o Interruptio *civilis* habetur per exercitium actionis rei vindicatoriae etsi lis nondum fuerit contestata (33). Quodsi possessore absente vel alia causa impedito dominus impediatur ab exercitio actionis rei vindicatoriae, possessio interrumpi potest per libellum protestationis porrectum magistratui vel Episcopo vel defensori civitatis vel, si aliter fieri non possit, affixum in possessoris domicilio (C. 7, 40 *de annali exc.* L. 2.).

3^o Per mutationem personae possessoris etiam interrumpi haec potest, modo n^o praecedenti explicato.

Effectus usucapionis.

258. Usucapio cum sit modus originarius acquirendae proprietatis, illam nihilominus tribuit prout inveniebatur apud

(32) D. h. t. L. 15. pr.; D. 41, 4. *pro empt.* L. 7. § 4.

(33) C. 7, 40. *de an. exc.* L. 3. (7, 33.), *de praeser. long.* L. 1. 2. 10.; Nov. 119. c. 7.

priorem dominum; quare subsistunt iura in re, quibus res ipsa erat gravata, quae separatim et independenter sunt praescribenda; respectu ad tertias personas quae illis iuribus gaudebant usucapio est *res inter alios acta*. — Quodsi in praescriptione longi temporis iuris Praetorii aliter erat statutum, usucapio iuris Iustiniani habet characterem antiquae usucapionis, nec in hac re imitatur praescriptionem iuris Praetorii.

II. De usucapione extraordinaria iuris novi.

C. 7, 39. de praescript. 30. vel. 40. ann.

259. Praescriptio extraordinaria (*praescriptio longissimi temporis*) a Theodosio II. introducta tamquam medium extinguendi actiones, a Iustiniano facta est modus acquirendi proprietatem.

Usucapio extraordinaria favorabilior est quam ordinaria. Nam: 1^o praescribi possunt omnes res in commercio positae, exceptis paucis quas prohibitum est alienare, videlicet: bona impuberis, dementis, prodigi interdicti, bona adventitia filiorum qui sunt sub potestate et immobilia dotalia uxoris, 2^o praescriptio extraordinaria non exigit *iustum titulum*; requiritur tamen et sufficit *bona fides* (C. h. t. L. 8. § 1.). Quare praescriptio haec extraordinaria fieri potest sub titulo vitioso aut putativo, quia bona fides in hac praescriptione non debet esse fundata in iusto titulo; quare neque datur obligatio probandi existentiam iusti tituli, quae probatio quoad omnia et singula bona mobilia, quae continentur in patrimonio, singularem habet difficultatem.

At haec extraordinaria praescriptio non completur nisi spatio 30. annorum tam pro bonis immobilibus quam pro mobilibus. Quae duratio extenditur ad 40. annos pro rebus litigiosis ab una parte litigante alienatis, pro bonis ad Statum vel ad imperatorem et pro immobilibus ad ecclesias vel causas pias pertinentibus (C. h. t. L. 9.; Nov. 136. c. 6.; Arg. C. 11, 61. *de fund. patrimon.* L. 14.).

CAPUT VIII.

DE AMISSIONE DOMINII.

260. Dominium variis modis admitti potest:

1^o *Ex parte personae*, quae dominii subiectum est, amittitur dominium, si persona facta est *incapax* iuris proprietatis habendi, quae incapacitas inducitur per *maximam capitis diminutionem* (1). Amittitur praeterea per *derelictionem* rei a domino factam cum animo abiiciendi dominium, nec necessarium est ad hoc ut dominium censeatur extinctum, quod res derelicta ab alio, animo eam sibi appropriandi, fuerit occupata (2). Quae derelictio ut habeat effectum supponit capacitatem alienandi (3). Tandem amittitur dominium per *alienationem*, quae ab habente capacitatem alienandi non sit facta contra legis (4) vel magistratus (5) prohibitionem.

(1) *Media et minima capitis diminutio*, quae iure antiquo eundem habuerunt effectum, iure novo Iustiniano non sunt attendendae, cum peregrini et filiofamilias sub patria potestate constituti iuris proprietatis sint capaces.

(2) Satis communiter perhibentur antiqui Proculiani in ea fuisse sententia, ut dominium nondum amissum dicerent sed priori domino conservatum, donec elementum extrinsecum occupationis per alium factae accederet, quibus ex alia parte contradicebant Sabiniani. Certe iure Iustiniano illud extrinsecum elementum non requiritur. Cfr. Inst. 2, 1. de rer. div. § 47.; D. 41, 7. pro derelicto L. 2. — Cfr. de variis modis diversas res habendi pro derelictis, Gasparolo II. § 25. sq.

(3) Arg. D. 41, 2. de acqu. poss. L. 29.

(4) C. 1, 14. de leg. L. 5. Quare est nulla atque irrita alienatio fundi dotalis aut rei litigiosae. Quare in hoc casu alienans potest rem nulliter alienatam vindicare atque exceptioni rei venditae et traditae opponere *repliationem* fundatam in nullitate alienationis. D. 21, 3. de exc. rei vend. L. 1. § 5.

(5) D. 41, 3. de usurp. L. 12. — Speciale momentum hac in re habet prohibitio alienandi *facta in testamento* aut *resultans* ex aliqua *conventionione*. In genere dici potest in utroque casu alienationem non esse nullam, salva tamen obligatione resarciendi damna ei in cuius favorem prohibitio alienandi erat facta. D. 19, 1. de act. empt. L. 21. § 5.; D. 18, 1. de contr. empt. L. 75.; D. 1, 30. de legat. L. 114. § 14.; D. 2, 14. de pact. L. 60.;

2º *Ex parte rei* amittitur dominium, cum res ipsa perit vel fiat extra commercium. Ita pariter ferae bestiae proprietatem amittitur si naturalem libertatem recuperat et animalis mansuefacti si revertendi consuetudinem amiserit (6).

3º Cum *alius* in nostram rem usucapione, accessione aut alio titulo proprietatem acquirit (7).

CAPUT IX.

DE TUITIONE DOMINII.

D. 6, 1. de rei vindicatione — C. 3, 32. eod.

261. Ad tuitionem dominii dantur speciales actiones, quae ita in fontibus designantur: *rei vindicatio*, *actio negatoria*, *actio Pauliana*.

§ 1. DE ACTIONE IN REM VINDICATORIA.

262. *Rei vindicatio* est actio realis, qua rei dominus petit recognitionem sui iuris proprietatis, et consequenter contra rei possessorem vel detentorem petit ipsius restitutionem cum omni rei augmento (D. 44. 7. *de obligat. et act.* L. 25.).

Obiectum actionis rei vindicatoriae sunt res omnes, quae sunt obiectum iuris proprietatis, videlicet omnes res corporales in commercio positae tam mobiles quam immobiles, animatae vel inanimatae, fungibiles vel non fungibiles, simplices vel compositae et etiam *universitates rerum* v. gr. aliquis grex (1).

C. 4, 6. de cond. ob. caus. dat. L. 3. — Attamen prohibitioni a lege factae equiparatur prohibitio a testatore facta alienandi rem propriam, itemque pactum de non alienanda re factum in favorem illius, qui rem habet oppignoratam. D. 20, 5. de distract. pign. L. 7. § 2.; C. 6, 43. de leg. L. 3. § 2.

(6) D. 41, 1. de acqu. rer. dom. L. 5. pr. et § 4. 5.; Inst. (2, 1.) de rer. div. § 8. 9. (2, 20.) de legat. § 16.

(7) D. 41, 3. L. 7. § 6.; D. 13, 6. commod. vel cont. L. 5. § 15.; D. 6, 1. de rei vind. L. 23. § 4.

(1) D. h. t. L. 1. § 1. 3. At *universitas iuris* non est obiectum actionis rei vindicatoriae, excepta haereditate, quae potest peti actione simili vindicationi rei. D. h. t. L. 2. 3. 56.

263. *Cui et contra quem competat rei vindicatio.* Competit rei domino contra quemcumque rei *possessorem* seu *detentorem*, sive possessionem dominus amiserit sive numquam habuerit (2).

In casu litis seu contestationis iuris actor, qui hac utitur actione, debet probare suum ius proprietatis, quae probatio intelligitur data cum fuerit probatus legitimus modus acquisitionis (3), salva probatione facta ab altera parte quod proprietas, legitime acquisita, fuerit deinde amissa (4). Quodsi modus acquisitionis fuit derivatus, eo quod dominium fuerit ipsi ab alio translatum, tum probatio actoris debet quoque extendi ad ius sui auctoris sine cuius probatione legitimae acquisitionis probatio efficax fieri non potest (5). Quae probatio est difficilis; minuitur tamen difficultas ex instituto usucapionis, cum ius proprietatis maneat probatum si rem vindicans demonstraverit se, aut solum aut simul cum auctoribus, rem possedissee tempore aliisque conditionibus requisitis ad usucapionem. Quodsi usucapio nondum sit perfecta, potest per actionem Publicianam rem repetere a tertio possessore, qui non habeat ius maius aut aequale.

Praeterea actori incumbit onus probandi eum, a quo rem vindicat, rei possessionem habere; reus tamen, qui contra veritatem possessionem negat, in poenam perdit possessionem in favorem actoris, qui possessionis probationem dedit, quin sit obligatus eo in casu proprietatem probare (6).

Si actor est condominus cum alio debet indicare partem indivisam quam vindicat (7); quodsi impossibile sit scire

(2) Tamquam *actio utilis* datur etiam emphyteutae et superficiario. D. h. t. L. 9. L. 73. § 1. L. 75.

(3) Quare si acquisitio fundatur in emptione-venditione non solum contractus et traditio rei sed etiam pretii solutio probari debet vel alius aequivalens solutionis modus.

(4) Arg. C. 4, 19. de prob. L. 16.

(5) D. 50, 17. de reg. iur. L. 54.; D. 41, 1. de acqu. rer. dom. L. 20.

(6) D. h. t. L. 80.

(7) L. 6. D. h. t. « Si in rem aliquis agat, debet designare rem, et utrum totam, an partem et quotam petat ». Cfr. quoque h. t. L. 8. L. 35. § 3. L. 76. § 1.

partem, quae ad ipsum pertinet, conceditur ipsi *incertae partis vindicatio* (8).

Actio rei vindicatoria dirigitur *contra tertium quemcumque rei detentorem* sive iuridice sive naturaliter possideat (L. 9. D. h. t.). Possessor vero naturalis potest litem vitare, designando, ut debet, eum cuius nomine possidet (*laudatio vel nominatio auctoris*) (9).

In duplici casu *factae possessionis*, videlicet, cum possessor *dolo desiit possidere*, vel cum quis possessionem simulavit ad decipiendum actorem ut v. gr. interim tertius quidam usucapionem perficiat (*liti sese obtulit*), non est necesse ut actio intentetur contra verum possessorem; tunc enim *dolus pro possessione est* et *fictus possessor* convenitur perinde ac si vere possideret, salvo nihilominus iure proprietarii rem vindicandi a vero possessore, etsi in iudicio contra fictum possessorem victus fuerit (10).

264. Finis et effectus actionis rei vindicatoriae. Finis huius actionis est obtinere recognitionem iuris proprietatis et consequenter restitutionem rei cum *omni causa*; nomine autem *causae* intelligitur quidquid actor habuisset, si res ipsi restituta fuisset tempore litis contestationis (11).

Si reus conventus ex causa ipsi imputabili rem restituere non potest, debet actori omnia damna compensare (*id quod eius interest*). Relate vero ad imputabilitatem causae, qua restitutio reo facta est impossibilis, distinguendum est inter possessorem bonae fidei et possessorem malae fidei. Bonae

(8) Quo in casu utebantur formula « *Quantum parer in ea re meum esse* ». Cfr. *Gaium* IV. 54.; cit. L. 76. § 1. h. t.: « *Incertae partis vindicatio datur, si iusta causa interveniat* »; *Glueck*, *Comm. alle Pandette* Libr. VI. pag. 132.

(9) C. 3, 19. ubi in rem act. L. 2.

(10) D. h. t. L. 7. 17. 22. 25-27. § 3., L. 47. 57. 58. 68. 69.; D. 5, 3. de haered. pet. L. 13. § 13. 14., L. 41. 45. 57.; D. 4, 3. de dolo malo L. 39.; D. 50, 17. de reg. iur. L. 131. — Etiam in foro ecclesiastico habetur similis regula: « *Pro possessore habetur, qui dolo desiit possidere* » cap. 36. de reg. iur. in 6º. V. 13.

(11) D. h. t. L. 17. § 1. L. 20. 27. 32. 62.

fidei possessor debet respondere de culpa admissa *post litis contestationem* (12). Malae fidei possessor respondet de culpa etiam ante admissa (13), et post litis contestationem etiam de *casu fortuito*, nisi probaverit quod, re domino restituta, hic nec rem nec eius aestimationem obtinuisset (14). Eadem principia applicantur casui, quo res restituenda deterior facta esset (15).

Reus conventus, ut dictum est, damnatur ad restituendam rem cum omni sua causa (16). Relate vero ad *fructus* possessor malae fidei debet restituere omnes fructus *extantes* necnon refectionem praestare pro fructibus *consumptis* et pro iis quos *percipere potuisset*; possessor bonae fidei pro consumptis ante litem contestatam nihil tenetur rependere, inde a lite contestata respondet de omnibus fructibus etiam de percipiendis sicut possessor malae fidei (17).

265. *De exceptionibus contra rei vindicationem.* Reus habet imprimis *exceptionem doli* propter expensas factas in re aliena. Quilibet possessor potest repetere *impensas necessarias*, excepto tamen *fure* (18). *Impensae utiles* repeti possunt a pos-

(12) D. 5, 3. de pet. haered. L. 25. § 11. L. 31. § 1. L. 40. De dolo semper tenetur, D. h. t. L. 27. § 3.

(13) D. h. t. L. 45.; D. 5, 3. de haer. pet. L. 25. § 2. L. 31. § 3. Immo possessor malae fidei, qui per furtum vel per vim rem obtinuit, respondet etiam de casu fortuito, D. 43, 16. de vi L. 19.; D. 13, 1. de cond. furt. L. 8. § 1. L. 17. 20.; quae specialis iuris dispositio non videtur posse extendi ad omnem casum possessionis malae fidei.

(14) D. h. t. L. 15. § 3. L. 16. pr. L. 17. § 1. L. 62. pr.; D. 5, 3. de haer. pet. L. 20. § 21. L. 40. pr.; D. 45, 1. de verb. oblig. L. 82. § 1. — Quodsi reus conventus egit cum dolo aut culpa lata, domino datur facultas *iuramento in litem* aestimandi quantitatem damni recepti. L. 68. D. h. t.

(15) D. h. t. L. 13. 14. 15. 45.; D. 5, 3. de haer. pet. L. 31.

(16) Sub qua *rei causa* comprehenduntur: 1^o) accessiones; 2^o) bona occasione rei percepta; 3^o) actiones occasione rei acquisitae; 4^o) ea quae reus perceperat ex condemnatione perturbatoris possessionis rei quam detinebat; 5^o) pretia ex rei alienatione percepta; 6^o) fructus.

(17) Inst. (4; 17.) de off. iud. § 2., (2, 1.) de rer. div. § 35.; D. h. t. L. 33. 62.

(18) C. h. t. L. 5.; C. 8, 52. de infant. expos. L. 1.; D. 13, 1. de conduct. furti L. 13.

sessore bonae fidei usque ad concursum maioris valoris, quem res accepit propter expensas; si vero maior valor excedit impensas utiles, hae tantum debentur a domino (19). Quae impensae utiles non sunt refundendae possessori malae fidei, sed huic competit ius tollendi i. e. secum adsportandi quae rei adiunxit et sine rei detrimento separari possint (20). *Impensae voluptuariae* nulli possessori sunt compensandae (21); dant tamen locum *iuris tollendi*, si id rei non noceat et reus in illis tollendis habeat interesse, salvo tamen iure proprietarii eas retinendi soluto pretio (L. 38. D. h. t.).

Cum quaestione de impensis circa rem est connexum ius competens reo, ut in reddendis fructibus aut eorum aestimatione detrahat impensas factas in fructibus percipiendis (*fructus non intelliguntur nisi impensis deductis*), D. 22, 1. *de usur.* L. 46.), sed etiam tenetur compensare expensas, ad quas habet ius, cum fructibus perceptis (22).

Altera exceptio reo convento competens est *exceptio rei venditae et traditae*, quae locum habet in omnibus illis casibus, in quibus actor, est quidem rei proprietarius, sed tenetur rei proprietatem dare ipsi reo convento. Id accedit: 1^o dum qui alienavit rem, cuius ipse non erat dominus, deinde rei proprietatem acquirit (23) — 2^o cum dominus rei succedit titulo universali ei qui rem alienavit (24) — 3^o cum dominus rem alienavit sub conditione suspensiva, dum adhuc conditio pendet (25). In his et similibus casibus rem vindicans praecedenti declarationi voluntatis contradicit, ideoque valide ei opponi potest *exceptio doli* (in casibus enumeratis

(19) D. h. t. L. 38.

(20) C. h. t. L. 5.

(21) D. 26, 7. de admin. tut. L. 32. § 5.

(22) D. 26, 1. de impens. L. 3. § 1.; C. 7, 51. de fruct. L. 1.

(23) D. h. t. L. 72.; D. 21, 3. de except. rei vend. L. 1, 2.; D. 44, 4. de doli exc. L. 4. § 32.; D. 21, 2. de evict. L. 77.

(24) D. 21, 3. de exc. rei vend. L. 1. § 1.; D. 21, 2. de evict. L. 73.; C. 3, 32. de rei vind. L. 14.; C. 8, 44. [45.] de evict. L. 14.

(25) D. 12, 4. de condict. caus. data c. n. s. L. 8.; D. 23, 3. de iure dot. L. 7. § 3.

in particulari *exceptio rei venditae et traditae*), quae exceptio tam active quam passive transit ad successores sive titulo universali sive particulari (26).

266. *Cessio actionis rei vindicatoriae.* Dominus rei potest rei vindicationem cedere alteri, qui ea uti poterit tamquam procurator cedentis, sed in proprium commodum (*procurator in rem suam*). In fontibus hi commemorantur casus: 1° cessio facta in favorem eius qui, cum rem restituere non possit, tenetur de damnis (27) — 2° in favorem eius, cui res debetur, qui rem obtinere non potest, eo quod qui ad dandam rem tenetur, eam sine propria culpa non amplius habet (28) — 3° casus emptionis venditionis, quae pro obiecto habeat ipsam actionem in rem (C. 4, 39. *de haered. vel act. vendita* L. 9.).

§ 2. ACTIO NEGATORIA.

267. Praeter actionem rei vindicatoriam, quae tendit praesertim ad hoc ut dominus, qui possessione caret, rem recuperet, ideoque ordinarie dirigitur contra possessorem vel detentorem, competit domino alia actio, quae tendit ad se tuendum contra eum, qui impediat vel restringat liberum exercitium sui iuris proprietatis. Quae actio directe tendit ad negandum alteri ius disponendi de re; et idcirco a iurisconsultis dicta est *actio negatoria*. Est ergo actio negatoria illa actio, quae competit rei proprietario in pacifico exercitio sui iuris proprietatis turbato, in finem obtinendi illud liberum exercitium. Quare sicut *vindicatio* supponit completam laesionem iuris proprietatis contentam in privatione possessionis, ita *actio negatoria* supponit partialem tantum laesionem aut turbationem in pacifico usu rei. Quae laesiones seu turbationes iuris proprietatis possunt esse positivae vel negativae, prout aliquid fiat in re aliena contra domini volunta-

(26) D. h. t. L. 72.; D. 21, 3. *de exc. rei vend.* L. 3.; D. 44, 4. *de doli exc.* L. 4. § 32.

(27) D. h. t. L. 63.; D. 29, 2. *locati* L. 25. § 8.; D. 42, 1. *de re indic.* L. 12.

(28) D. h. t. L. 21.; D. 18, 1. *de contr. empt.* L. 35. § 4.; D. 47, 2. *de furt.* L. 14. pr.; Inst. 3, 23. *de empt. et vend.* § 3.

tem aut quis impediatur per alium a libero usu rei: praesertim vero *actio negatoria* exercetur contra eum, qui in re mea iniuste praetendit habere servitutem (*negō ius tibi esse*).

Fundamentum actionis negatoriae est ius proprietatis. Quare actor qui praetendit se esse proprietarium et ab alio hoc suum ius esse turbatum seu impeditum, utrumque debet probare et proprietatem et alterius laesionem. Vicissim reus, qui sese opponit actioni negatoriae atque praetendit se habere ius ponendi illos actus, illud praetensum ius probare debet; ius enim proprietatis natura sua liberum est a servitute et a iure alterius in illam rem, quae libertas praesumitur, donec exceptio fuerit probata. Quod vero aliqui tenent a domino non solum proprietatem sed etiam carentiam iuris in altero esse probandam, hoc et directe opponitur fontibus et naturae iuridicae actionis negatoriae (29).

Quae actio tendit ad impediendos illos actus quibus ius proprietatis laeditur, ad obtinendam reparationem damnorum et, si casus ferat, etiam *cautionem de non amplius turbando* (30).

§ 3. DE PUBLICIANA IN REM ACTIONE.

D. 6, 2. de Public. in rem actione.

268. In antiquo iure *actio Publiciana* concedebatur ei, qui acquisivisset *rem Mancipi* non observata solemni forma mancipationis aut in iure cessionis (C. 8, 5. *si servit. vindic.* L. 4. § 2). Iure novo conceditur ei, qui rem bona fide acquisivit. Fundatur in fictione usucapionis et proprietatis in eo qui usucapionem nondum perfecit sed tantum incepit; ideoque est *actio utilis fictitia* (31). — Quamvis haec actio sit introducta

(29) Arg. C. 4, 24. de pign. act. L. 10.; Cfr. *Windscheid* I. § 198. not. 15. 16.; *Accarias*, Précis de droit rom. II. n. 811.

(30) D. 8, 5. si ser. vind. L. 4. § 2. L. 12. 14. pr. L. 17. § 2.; D. 7, 6. de usuf. L. 5. § 6.; C. 3, 34. de servit. L. 8.

(31) Inst. 4, 6. de act. § 4.; D. h. t. L. 1.; *Gaius* IV. 36. « Datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit; nam quia non potest ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse ».

favore acquirentis in bona fide rem alterius, pertinet quoque ad verum rei dominum, cui etiam competit ius agendi tamquam acquisitor bonae fidei; quae actio pro ipso est utilior in hoc sensu, quod sic liberatur ab onere probandi rei proprietatem.

269. Actio *Publiciana* inserviebat tamquam *actio* rei *vindictoria* et tamquam *actio negatoria*, atque prioris vel posterioris leges pro diversitate circumstantiarum sequebatur (D. h. t. L. 7. § 8. L. 12. § 2.). Maxime tamen ab illis differt sub duplici praesertim respectu:

a) Actio *Publiciana* pertinet ad eum qui simpliciter rem acquisivit bona fide et inde coepit rei usucapionem. Sufficit ergo ut res sit capax usucapionis (L. 9. § 5.), ut actor possessionem (32) iusto titulo adeptus sit (L. 7. § 16. L. 3. § 1.) et cum bona fide ita ut fiat initium usucapionis (L. 7. § 16. L. 12. § 7.); quam possessionem et iustum titulum debet actor probare, quibus probatis per se bona fides praesumitur (C. 8, 45. *de evict.* L. 30.).

b) Actio *Publiciana* non competit nisi *contra eos* qui *titulo carent* aut titulo *inferiori* circa rem fruuntur; quod speciatim intelligitur de vindicatione *Publiciana*. Iam vero: 1° *sine iusta causa* possidet, qui rem detinet vi, clam aut precario (33). — 2° titulo *inferiori* possidet, qui cum titulo sed mala fide rem detinet; vel cum titulo et bona fide rem acquisivit ab eadem persona a qua acquisivit actor, postquam huic iam rei traditio facta esset, per quam traditionem melius ius obtinet, nam per eam rei dominium accepisset, si illud apud tradentem fuisset (D. h. t. L. 9. § 4.). — 3° *superiori* titulo possidet verus rei propriarius (L. 17. h. t.), excepto tamen casu quo huic actor opponere possit *exceptionem rei venditae et traditae*; tunc potest contra eum agere actione *Publiciana* et

(32) Cum dominium etiam ante traditionem acquiritur ipso iure v. gr. in legatis et in fideicommisso universali plures censent actionem *Publicianam* exerceri posse iam ante possessionem (L. 1. § 2., L. 11. § 2., L. 12. § 1., L. 15. h. t.). Cfr. *Windscheid* I. 199.; *Glueck* libr. VI. § 597. et ib. nota i. *Bonfante* propugnantem contrariam sententiam.

(33) D. 5, 3. de haered. petit. L. 11. § 1. L. 12. 13. pr.

exceptionem proprietatis repellere per *replicationem rei venditae et traditae* (D. 44, 4. *de doli except.* L. 4. § 32.). — 4^o *aequali* titulo possidet qui rem acquisivit bona fide a persona diversa ab ea, a qua acquisivit actor, quicumque in hoc casu sit ordo inter traditiones; nam cum partes habent diversum *auctorem*, prioritatis traditionis non datius potius, quia qui rem posterius traditam accepit, nihilo tamen minus esset proprietarius, si a vero proprietario traditionem accepisset; quare in hoc casu qui actu possidet est in potiori conditione (34).

CAPUT X.

DE IURE SERVITUTIS.

(*Inst.* 2, 3, *de servit.* — D. 8, 1. *eod.* — C. 3, 34. *eod.*).

270. Scholion. Materia servitutum est in iure romano valde ampla, ideoque si descendendum esset ad omnia minima et particularia, excederet tractatio limites Institutionum. Quare, ne integram materiam ad vitandam prolixitatem cogere praetermittere, satius duxi illam in brevem summam redigere, unice fere attento iure Iustiniano prout praesertim continetur in Institutionibus Iustiniani.

§ 1. NOTIO ET DIVISIO SERVITUTIS.

271. I. *Servitus est ius in re aliena constitutum, quo dominus in re sua aliquid pati vel non facere tenetur in alterius utili-*

(34) D. h. t. L. 9. § 4. « Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit: utrum is cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit. Et *Julianus* libro septimo Digestorum scripsit: ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est; quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. Quae sententia vera est ». — Aliter videtur sensisse *Neracius* L. 31. § 2. D. de act. empt. vend. 19, 1.: « Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est; sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius apprehendit, hoc est cui primum tradita est ». De variis huius loci explicationibus cfr. *Glueck* libr. VI. p. 385.

tatem. — Servitus ergo est *ius*, ratione nimirum eius qui servitutem habet, nam ratione servientis est obligatio seu onus. — Est autem *ius in re aliena*, est enim una ex quatuor speciebus iuris realis sive *in rem*; nam si mihi *ius in aedibus vicini* constitutum est, non persona vicini mihi obligata est, sed res ipsa; nempe aedes mihi aliqua ratione devinctae sunt. Porro res propria domino non servit, sed aliena non domino. Quare si possum aquam ex vicini puteo haurire, est servitus; simul ac praedium vicini, in quo puteus est, acquirō, servitus esse desinit, quia iam puteus non amplius est res aliena, sed mea. Ergo et aquam non amplius haurio iure servitutis, sed iure dominii. — Interest etiam, an in re aliena *ius* habeam *perpetuum*, an tantum aliquamdiu eius usus mihi concessus sit. Priore in casu est servitus, in posteriore non est. Sic v. gr. si praedium *conduxi*, uti etiam possum puteo et inde aquam haurire, nec tamen ideo servitutem habeo. — Natura autem servitutis est posita in *patiēdo* vel *non faciēdo*: ita, si ex puteo vicini mihi aquam haurire *ius* est, vicinus aliquid *pati* tenetur, ad quod alioquin non esset obligatus; si a vicino impetro ne aedes suas altius tollat, is tenetur aliquid *non facere*, quod alias tamquam dominus facere posset. Semper ergo serviens aliquid vel pati vel non facere cogitur.

Utrum servitus etiam *in faciēdo* consistere possit, etsi fuit disputatum, communiter negatur; quae negatio etiam aperte continetur L. 6. § 2. D. *si servit. vind.* 8, 5. ubi *Ulpianus*: « non posse servitutem ita imponi, ut quis facere aliquid cogatur ». Et sane, si quis v. gr. vicino promitteret se aedes eius refecturum, non esset haec servitus, sed obligatio personalis, adeoque non *ius in rem*, sed *in personam*.

II. *Servitutes personales et reales.* — Res servit vel *personae* vel *rei*. Si personae servit res, dicitur *servitus personalis*; si res servit rei, vel praedium praedio, vocatur servitus *realis* vel *praedialis*. Ita si maritus moriens in praediis suis uxori constituit usumfructum, praedia eius servient personae uxoris, adeoque *ususfructus* est servitus *personalis*. Contra si vicini

paries meum tignum excipere debet, ea servitus est *realis*, quia praedium servit praedio.

Personales sunt quatuor: *ususfructus*, *usus*, *habitatio*, *operae servorum*. Quae etiam effectum a realibus differunt, cum enim in personalibus res serviat personae, eae cum persona extinguuntur; reales vero, quia res rei servit, tamdiu durant quamdiu res vel praedia supersunt, quamvis extinctae sint personae, quarum in utilitatem servitutes constitutae sunt.

Servitutes praedii rustici et praedii urbani. — In servitutibus realibus seu *praedialibus*, praedium quod inde utilitatem capit dicitur *dominans*; alterum, quod onus aliquod fert in alterius utilitatem, dicitur *serviens*. Ita si v. gr. si ex aedibus meis tignum immitto in vicini praedium, meum praedium erit *dominans*; vicini praedium quod tignum meum ferre tenetur, *serviens*. A *dominante* praedio semper servitus nomen accipit.

Servitus igitur *praedii rustici* habetur, si praedium *dominans* est praedium *rusticum*; servitus *praedii urbani*, si *dominans* praedium *urbanum* sit.

Quae autem praedia *urbana*, quae *rustica* dicantur, aliter a diversis interpretibus explicatur. — Alii ex L. 198. D. *de Verb. signif.* 50, 16. ita rem definiunt, ut omnia *aedificia* sint praedia urbana, omnes *fundi* praedia rustica. Sed in ea ipsa lege dicitur, hortos modo rustica praedia esse, modo urbana, et tamen horti non sunt aedificia, sed fundi. — Alii praedia rustica putant in *solo* consistere, urbana in *superficie*, ex L. 3. D. h. t. (8, 1.). Sed nec id adeo expeditum esse videtur: lex enim illa non loquitur de praediis sed de servitutibus, nec dicit rusticas in solo, urbanas in superficie consistere, sed tantum docet, alias servitutes in solo, alias in superficie sitas esse. — Alii tenent praedia rustica et urbana denominari ab usu; diserte enim, aiunt, citata L. 198. D. 50. 16. dicitur « *praedia urbana non locus facit, sed materia* ». Ergo si praedium destinatum est usibus oeconomicis, rei pecuariae, agriculturae, *rusticum* censetur, sive in urbe, sive ruri situm sit: si autem praedium sit destinatum habitationi voluptatuariae erit *urbanum*, sive ruri situm sit, sive in urbe. Quare v. gr.

aedificium, in quo habitamus, est urbanum, quamvis ruri exstructum: contra aedificium, in quo fructus recondimus, veluti horreum, rusticum censebitur, tametsi in media urbe situm sit. Ita et hortus voluptatis causa cultus est praedium urbanum: ubi olera, herbae et fruges tantum succrescunt, hortus erit praedium rusticum.

272. Ex dictis, in servitutibus haec tenent principia: a) *omnis servitus est in re aliena*; quoties enim re mea utor, id non facio iure servitutis, sed iure dominii, — b) *nulla servitus in faciendo, sed in patiendo vel in non faciendo consistit*; nam alias dominus in re sua potest facere quod lubet, neque tenetur cuicumque aliquod ius in re concedere. Si ergo cogitur aliquid non facere vel pati in re sua, toties res eius servit: et si quidem *pati*, servitus est *affirmativa*, puta servitus tigni immittendi, luminum etc.; si *non facere* cogitur, servitus est *negativa*, puta ne luminibus officiatur, ne altius tollat etc. — c) *omnes servitutes sunt individuae*; sunt enim ius quod dividi nequit. Ita nemini concedi potest dimidium ius viae, itineris etc. — d) *Servitutis causa debet esse perpetua*; quia servitutes in eum finem concessae sunt, ut vicinus iis uti possit quotiescumque libet; si causa non est perpetua, ea pro lubitu uti nequit, ideoque non erit servitus. Quare concedere alicui possum aquae haustum ex puteo vel fonte, quia ibi perpetua et perennis est aqua; non autem ex cisterna, ubi arescere et deficere solet aqua, si aliquamdiu pluvia non ceciderit. (Cfr. elegans exemplum D. 8, 2. *de servit. praed. urb.* L. 28.).

Hinc deducitur, quis ad refectionem teneatur, si servitutum in re aliena habeam. Ita habeo v. gr. ius aquaeductus per fundum vicini; canales iam rupti sunt et reficiendi; an ergo illa refectio meis, an vicini sumptibus fieri debet? Est respondendum, *dominans* praedium teneri ad refectionem (L. 19. § 1. D. h. t.); quia servitus non consistit in faciendo, porro in faciendo consisteret si praedium *serviens* teneretur reficere.

Quodsi dictum est ius servitutis esse individuum, *usus* tamen servitutis dividi potest: 1^o ratione *modi*, v. gr. concedo tibi viam, sed ita ut nonnisi uno equo, nec plaustro onusto

ibi vehi possit. (L. 4. § 1. D. h. t.). — 2° ratione *temporum*, v. gr. concedo tibi ius pascendi, sed nonnisi horis antemeridianis vel tantum alternis diebus (L. 5. § 1. D. h. t.).

§ 2. DE VARIIS SERVITUTIBUS PRAEDIALIBUS IN SPECIE.

In genere tot esse possunt servitutes praediales, quot sunt utilitates quas unum praedium alteri praestare potest.

I. Servitutes praediorum urbanorum.

D. 8, 2. de servit praed. urban.

273. 1° *Servitus oneris ferendi*, quando columna vicini vel paries meum aedificium sustinere cogitur. Dici solet refectio-
tionis onus in casu incumbere servienti, idque probatur ex L. 6. § 2. L. 8. pr. et § 2. D. *si servit. vind.* 8, 5., ideoque hanc servitutem vocant *anomalam* i. e. irregularem. Sed alii dicunt ex illis locis inferri, quod teneatur ex pacto, si promiserit: id quidem negabat *Gallus Aquilius*; alii vero pactum valere affirmabant, salvo tamen iure derelinquendi parietem, si nollet illam reficere.

2° *Servitus tigni immittendi*, seu ius, quo vicinus pati cogitur, ut meum tignum suo parieti immissum in eo requiescat. Tignum autem intelligitur non modo trabs, sed omnis materia qua aedificia constant (1). In praecedenti servitute totum aedificium meum in vicini pariete vel columna requiescebat; in hac tignum tantum unum vel alterum in eum immittitur.

3° *Servitus proiiciendi*, seu ius, quo vicinus pati cogitur, ut partem aedium mearum ita provehere possim super ipsius aream, ut nusquam in ea requiescat, sed tantum illi imminet. Partes huiusmodi proiectae vocantur *Maeniana* vel *suggrundia* (2).

4° *Servitus protegendi*, seu *protectum* habendi supra vicini

(1) D. 8, 2. L. 2. 6.; D. 8, 5. L. 8. § 1. 2. L. 14. pr.; D. 5, 16. de verb. sign. L. 62.

(2) D. 50, 16. de V. S. L. 242.; D. 9, 2. ad leg. Aquil. L. 29. § 1.; Inst. 4, 6. de act. § 2.

aream. Protectum dicimus tectum ad avertendas pluviarum et imbrium iniurias, quae parieti nocere possunt (D. 8, 2. *de serv. praed. urb.* L. 1. pr. L. 2.).

5° *Servitus stillicidii recipiendi*, seu ius quo vicinum praedium tenetur stillicidium nostrum recipere, *Stillicidii non recipiendi*, cum prohibere possum ne stillicidium vicini in meum praedium cadat. Cum hac connexa est *servitus fluminis recipiendi* vel *non recipiendi*. *Stillicidium* est aqua ex tecto stilatim vel guttatim cadens; *flumen* est aqua ex tecto cadens in canales collecta; in stillicidio aqua cassitat; in flumine cum impetu ruit. (D. h. t. L. 2., 17. § 3., 20. § 2.-6., 28.).

6° *Servitus altius non tollendi*, seu ius, quo vicinus in commodum aedium mearum suas altius tollere prohibetur (D. h. t. L. 2. 4. 12. 21. 32.).

E contra *servitus altius tollendi*, de quo plura fragmenta loquuntur, videtur supponere statutum civitatis, ne quis invito vicino altius aedificare possit, quam ad certum modum.

7° *Servitus luminum, et ne luminibus officiatur*. Duo supponenda: a) neminem posse fenestras aperire nisi in suo pariete; b) in suo pariete posse quotquot velit, sed vicino licere eas aedificando obstruere (D. 8, 5. *si serv. vind.* L. 8.; D. h. t. L. 41. § 1.). Si ergo vicinus a vicino impetret, ut possit in eius pariete fenestras habere, ea est servitus luminum; sin in meo pariete habeo fenestras, quae in vicini aream apertae sint, isque mihi promisit se eas non obstruendum esse aedificando, vocatur servitus ne luminibus officiatur.

8° *Servitus prospectus et ne prospectui officiatur*, seu relate ad facultatem in vicini aream et per eam in locum amoenum remotiorem prospicere: quae a praecedentibus differunt, quia in servitute luminum requiritur contiguitas praediorum, dum servitus prospectus constitui etiam potest a vicino remotiore; praeterea servitutem luminum arbores e regione fenestrarum plantatae non impediunt, at impediunt prospectus servitutem (L. 12. D. h. t.).

II. Servitutes praediorum rusticorum.

D. 8, 3. de servit. praed. rustic.

274. *Praecipuae* sunt: *iter*, *actus*, *via*. Omnes in eo consistunt, quod per alienum fundum possim viam capere; differunt tamen usu: *a)* si *iter* habeo, possum ire, ambulare, sed non iumentum agere vel vehiculum (L. 1. pr. D. h. t.) — *b)* si *actum* habeo, possum ire, ambulare, iumentum agere vel vehiculum, non autem plaustrum ducere — *c)* si *viam* habeam, possum ibi vehere i. e. plaustrum ducere. Praeterea differunt quantitate spatii; nam *viam* habenti indulgendi erant *octo pedes* in porrectum, *sedecim* in anfractum et tanta altitudo, ut hasta erecta ferri i. e. plaustrum onustum sine impedimento duci posset, unde arborum ramos qui vecturae impedimento essent, dominantis praedii possessor coërcere et amputare potuit ad iustam altitudinem (L. 7. § 8. D. eod.). At ex Varrone discimus latitudinem *actus* fuisse *quatuor* pedum. *Itineris* quanta fuerit amplitudo non certo constat; videtur duorum vel trium pedum fuisse. — Porro qui viam habet, is et actum habet, et iter; qui actum habet, is iter quoque habet sed non viam; qui iter habet, nec actum nec viam habet: *non debet cui plus licet, quod minus est, non licere* (L. 21. D. de R. I. 50, 16.).

Reliquae servitutes sunt: 1° *aquae haustus*, si ius competit ex vicino fonte vel puteo aquam hauriendi — 2° *aquaeductus*, si ius est aquam ex alterius fundo vel per alterius fundum ducendi — 3° *ad aquam appulsus*, si ius est ad alterius aquam pecora nostra appellendi — 4° *pascendi*, si ius datur pecora nostra in alterius agro seu prato pascendi. A qua servitute differt *ius compascui*, si duo vel plures conveniunt, ut omnes simul pecora in suis communibus campis pascere possint, quod ius est precarium et revocabile — 5° *calcis coquendae*, si ex vicino agro lapides coquendae calcis aptos eximere possim — 6° *arenae fodiendae*, si mihi ex alterius fundo arenam fodere licet — 7° *cretae eximendae*, si cretam effodere. Numerus in infinitum multiplicari potest, pro diversa indole rei

rusticae et pro necessitate et indigentia cuiusvis patrisfamilias. Quae iura si *personae* conceduntur, servitus est *personalis*, non praedialis.

§ 3. DE CONSTITUTIONE SERVITUTIS.

275. I. Historia. Iure *civili antiquo* servitutes constituebantur per *in iure cessionem* (quae erat symbolica *actio confessoria*, sicut pro rebus corporalibus erat *vindicatio symbolica*). Servitutes *rusticae* cum recenserentur inter *res Mancipi*, constituebantur per *manicipationem* (*Gaius* II. 28.). Qui modus inserviebat ad constitutionem cuiuslibet servitutis, dum *mancipabatur res deducta servitute* (*Gaius* II. 33.).

In nonnullis casibus cum vitium subiectivum vel obiectivum civilem servitutem nasci impendebat, actus protegebatur a praetore (*servitus tutione praetoris constituta*). Ita cum praetores peregrini et provinciales in suis edictis servitutes inter peregrinos protegebant, satis fuit ad constituendam servitutem in praedio provinciali simplex *pactio*, cui solebat addi solemnitas *stipulatio*, qua servitutem constituens sese obligabat pro se et pro successoribus ad permittendum eius exercitium (*Gaius* II. 31.).

Deinde praetores concesserunt actionem realem, *utilem confessoriam actionem*, qua protegebatur tum servitus in praedio provinciali, tum servitus acquisita ab emphyteuta vel superficiario (3).

Si actus fuisset vitiosus in *forma* vel defuisset dominium in *auctore*, servitus civilis non nascebatur; sed hoc etiam in casu coepit praetor valorem concedere traditioni et subsequenti possessioni. Atque ita exercitium servitutis personalis dependebat a rei detentione; pro servitutibus vero praedialibus, saltem pro affirmativis, considerata est tamquam *quasi-traditio* exercitium unius partis et tolerantia (*patientia*) alterius. Ad protegendam quasi possessionem servitutis ex hac

(3) D. 7, 4. quib. mod. ususfr. amitt. L. 1. pr.; D. 43, 18. de superfl. L. 1. § 6. 9.; Fragm. Vatic. § 61.

quasi-traditione nascentis, praetor concedebat interdicta et actionem Publicianam (4).

276. II. Ius Iustinianicum. Hoc iure non admittuntur nisi modi sequentes: *conventio, actus ultimae voluntatis, lex, adiudicatio, diuturnus usus*.

a) acquiritur *conventione* inter dominum et eum cui servitus constituitur. Satis communiter negatur iure Iustiniano requiri quasi-traditionem (5). Potest autem servitus constitui tum a domino tum etiam ab emphyteuta superficiario pro tempore quo durat eorum ius (D. 43, 18. *de superf.* L. 1. § 9.); constitui autem potest sub conditione, termino vel modo (Cfr. L. 4. *de servit.* 8, 1.). Etiam permittitur *deductio servitutis* in translatione dominii. Personales acquiri possunt a quacumque persona physica vel iuridica; praediales a domino praedii in cuius favorem constituitur et ex analogia ab emphyteuta et superficiario.

b) *actu ultimae voluntatis* omnes servitutes constitui possunt, quamvis frequentius hoc modo constituantur personales.

c) *legis dispositione* existit sola servitus usufructus v. gr. usufructus legalis, qui competit patrifamilias in peculium adventitium descendendum, qui sunt sub patria potestate (C. 6, 61. *de bonis quae liberis in potest.* L. 6.).

d) *adiudicatione* a iudice constitui potest servitus in iudicio divisorio *familiae erciscundae* v. gr. tribuendo proprietatem uni, et alteri reservando usumfructum; etiam in iudicio divisorio *communi dividundo* v. gr. concedendo ex necessitate iuri condomino ius viae supra partem praedii alteri assignatam (6).

e) *diuturno usu* seu continuata per certum tempus possessione constitui servitus potest, sicut potest acquiri ius

(4) D. 8, 3. *de serv. praed. rustic.* L. 1. § 2.; D. 43, 18. *de superf.* L. 1. § 9.; D. 6, 2. *de public. act.* L. 11. § 1.

(5) Cfr. *Serafini* I. § 83. not. 112.

(6) D. 10, 2. *fam. erc.* L. 16. § 1.; D. 10, 3. *comm. div.* L. 7. § 1.; D. 7, 1. *de usufr.* L. 7. § 1.

proprietatis. Quae possessio iure Iustiniano debet esse sine interruptione *continuata*, quae interruptio facile evenire potest in servitutibus discontinuis; usus non debuit esse *perturbatus* v. gr. per litis contestationem (Arg. C. 7, 40. *de ann. except.* L. 2.); debet possessio esse *iuridica* seu cum intentione ius servitutis exercendi (*animus ius sibi habendi*); non debet esse *vitiata* seu possessio non debet haberi per vim, clam aut precario; sed ex communiore doctrina non requiritur bona fides nec iustus titulus; tandem debet durare per *decem* annos inter *praesentes*, per *viginti* annos inter *absentes* (7).

§ 4. SERVITUTUM EXTINCTIO.

277. Servitutes finem accipiunt:

1° *confusione* seu *consolidatione*, quae tunc habetur, cum utriusque praedii, servientis et dominantis, unus est dominus; res enim suo domino servire non potest. Nec per se renascitur, si iterum dominium separetur.

2° *remissione*. Cum servitus constituatur in praedii dominantis utilitatem et unusquisque iuri in sui favorem introducto renunciare possit, consequens est, ut et dominantis praedii possessor recte renuntiet iuri ex pactione quaesito, eoque facto cesset servitus.

3° *destructione rei servientis* vel eius separatione ab hominum commercio. Ita v. gr. usufructus domus extinguitur, si domus ruit et usufructuarius non habet ius in materiam neque in aream.

4° *destructione subiecti*. Ita servitus praedialis extinguitur per destructionem praedii dominantis (D. 8, 2. L. 20. § 2.); personalis si moriatur persona aut patiaturs magnam capitis diminutionem (Inst. 2. 4. *de usufr.* § 3., 2, 5. *de usu et habit. pr.*); quae in favorem personae iuridicae statutae sunt, cum ipsa non moriatur, non possunt excedere centum annos durationis (D. 7, 1. *de usufr.* L. 56).

(7) C. 3, 34. *de servit.* L. 2.; C. 7, 33. *de praescr. long. temp.* L. 12.; Paulus, Sent. V. 5.

5° *praescriptione* seu non usu decem annorum inter praesentes, viginti inter absentes. Sed in servitutibus urbanis, quae exercitium admittunt continuum, requiritur insuper *usucapio libertatis*, ex parte proprietarii praedii servientis, seu actus contra servitutem positus, domino praedii dominantis patientiam exhibente. (Cfr. D. 8, 2. L. 6. cum L. 32. eod. L. 4. § 29. *de usurp.* 41, 3).

§ 5. DE SERVITUTIBUS PERSONALIBUS.

I. De usufructu.

(D. 7, 1. — *Inst.* 2, 4).

278. *Ususfructus est ius utendi fruendi rebus alienis salva earum substantia* (8). Dominus quidem etiam suis rebus utitur fruitur, isque est *ususfructus causalis*, qui non est servitus, quae in sola re aliena habetur. Unde in servitute ususfructus semper concurrunt duae personae: alteri competit rei dominium, unde et *propriarius* dicitur; alteri ususfructus in ea re et hinc *usufructuarius* appellatur.

Iura usufructuarii. Usufructuarius habet ius ad omnes rei fructus naturales et civiles (L. 59. § 1. h. t.), quos tantum per perceptionem facit suos, unde, quos finito usufructu nondum percepit, non transmittit ad haeredes, sed proprietario manent (9).

Cum silva caedua in fructu sit, possunt servatis servandis arbores caedi; si caedua non sit, solum caedi possunt necessaria in reparationem aedificii in usufructu comprehensi, ad fulciendas vites, ad usum ignis pro persona usufructuarii.

(8) *Uti* est ex re tantum percipere, quantum exigit necessitas. *Frui* autem est omnia percipere, quae ex re proveniunt, sive ad necessitatem pertineant, sive ad utilitatem, sive ad voluptatem. Cfr. *Seneca*, *De vita beata* cap. 10.

(9) L. 12. § 5. h. t. Ratio cur iure romano requisita fuit perceptio fructuum ea est, quod usufructuarius habet quasi-possessionem iuris, sed non possidet rem ideoque nec fructus, qui rei partes sunt: sicut ergo rei possessio ducit ad proprietatem, ita fructuum possessio, quae capitur per perceptionem, inservit ad fructus acquirendos.

Ad eosdem usus uti potest ramis ex necessaria arborum cura excissis seu putatis. — Arbores evulsae vel vi ventorum deiectae ad proprietarium pertinent; usufructuarius inde ad suum usum et villae ferre potest. Arbores demortuae ad usufructuarium pertinent, sed tenetur novas substituere (10). — Fodinis frui potest, quibus iam fruebatur proprietarius, atque adeo novas excavationes facere in parte praedii, modo praedii destinationem et formam non mutet et agriculturae non noceat (D. h. t. L. 9. § 2. 3. L. 13. § 5. 6.). — Fructus civiles, puta pretium locationis, acquiruntur in dies, atque inde ad usufructuarium pertinent pro rata durationis ususfructus. (L. 26. 59. § 2. h. t.).

Potest praeterea usufructuarius de re tamquam bonus paterfamilias disponere, *salva rei substantia et secundum conditionem suam*; nec potest facere mutationes, quae rei formam substantialiter mutant.

Suum ius tertio cedere in totum vel pro parte potest, titulo oneroso vel gratuito, pro certo tempore vel pro toto tempore ususfructus, ita ut tertius, cui cessio facta est, possit contra tertias personas uti actionibus realibus, quae usufructuario competunt, non tamen possit sibi alium substituere, qui sit verus usufructuarius (11).

Non possunt ab usufructuario in re constitui iura realia, quae ius proprietatis restringant, v. gr. servitutum. Ex alia parte proprietarius habet potestatem alienandi nudam proprietatem, sed sine consensu usufructuarii non potest in re constituere servitutum nec de ea disponere ea ratione qua laedat ipsius ius (12).

Obligationes usufructuarii. Usufructuarius debet uti re tamquam bonus et diligens paterfamilias; debet rem conservare in bono statu, factis expensis necessariis ad rei conservationem, ad reparationem *ordinariam* aedificiorum; debet in grege

(10) Cfr. D. h. t. L. 9. § 7., L. 10. 12. pr., L. 18. 48. § 1., L. 59. § 2.

(11) Cfr. D. 10, 2. famil. ere. L. 15. pr.; D. 23, 3. de iure dot. L. 66.; Inst. h. t. § 3.

(12) D. h. t. L. 15. § 7. L. 17. pr. L. 16. Cfr. de iure antiquo *Arndts-Serafini*, § 179. not. 9.

in locum demortuorum capitum alia ex foetu submittere, in vinea in locum demortuarum vitium alias plantare etc. Ipse fert onera et tributa seu vectigalia, quae ex re solvenda sunt fisco vel aerario, non onera personalia ut census capitis (13).

Finito usufructu, rem restituere debet, cum fructibus nondum perceptis, in eo statu in quo recepit, quamvis de damnis absque propria culpa respondere non debet. — Si re, quam in usumfructum habet, abutatur, proprietarius ante finitum tempus, potest exigere rei restitutionem (D. 7, 9. *usufr. quemadm. cav.* L. 1. § 3. 5.).

Usufructuarius ad suas obligationes implendas proprietario praestare debebat *cautionem*. A cautione vero liber erat paterfamilias respectu ususfructus in peculium adventitium filii; donans qui sibi reservavit usumfructum rei donatae; maritus respectu ususfructus recepti in dotem.

279. *De quasi-usufructu.* Usufructus per se solum constitui potest in rebus non fungibilibus, hae enim solae sunt, quibus uti frui possumus salva earum substantia. Nihilominus ex S. C. primis Imperii temporibus promulgato sancitum fuit, ut posset relinqui tamquam legatum ususfructus omnium bonorum, quae alicuius personae patrimonium constituunt (14), ac proinde extendebatur ad res fungibiles. Illa relatio iuridica similis usufructui dicta est *quasi-ususfructus*. Quo principio admissio, facta est extensio ad iura, praesertim ad iura crediti (15).

Quasi-ususfructus tribuit rerum proprietatem cum iure eas consumendi; sed datur obligatio eas restituendi in eadem

(13) D. h. t. L. 7. § 2. 3., L. 9. § 6., L. 13. § 2., L. 15. § 2. 7., L. 18. 45. 52. 59. 64. 65. 68. 70.

(14) D. 7, 5. de usufr. ear. rer. quae us. cons. L. 1. « Senatus censuit: ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit: quo Senatus-consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit ususfructus legari ».

(15) Cit. tit. L. 2. § 1. « Quo Senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit; sed remedio introducto coepit quasi-ususfructus haberi ».

quantitate et qualitate vel earum valorem pecunia aestimatum; quae obligatio firmatur *cautione* in eius favorem praestita, cui res sunt restituendae (16).

II. De usu.

(*Inst.* 2, 5. de usu et habitatione. — *D.* 7, 8. eod.).

280. *Usus est ius rebus alienis tantum ad necessitatem utendi salva earum substantia.* (§ 1. *Inst.* h. t.). Quare minus est in usu quam in usufructu. In usufructu enim est quidquid ordinarie ex re provenit, sive ad necessitatem, sive ad utilitatem, sive ad voluptatem pertineat: *usuarius* autem tantum quantum ipsi necessarium est accipit; adeoque usus sola necessitate quotidiana finitur (*L.* 2. pr. *D.* h. t.). Quod discrimen satis illustratur exemplis: *a)* qui habet usum fundi, tantum olerum, pomorum, florum, foeni, stramentorum inde petere potest, quantum eius conditio requirit (§ 1. *Inst.* h. t.). — *b)* qui habet usum aedium, illas potest inhabitare, sed non totas, verum tot cubicula, quot pro conditione sua opus habet. Quin adeo necessitate circumscribitur usus hic aedium, ut eas nec cuiquam locare, et vix hospitem recipere possit, at potest tamen (§ 2. *Inst.* h. t.). — *c)* qui habet usum pecorum, tantum de lacte, lana, stercore accipit, quantum modus et conditionis et familiae requirit. — *d)* denique cum usus usuarii necessitate circumscribatur, facile patet illum ius suum nec locare, nec gratis in alterum conferre posse (§ 1. *Inst.* h. t.). Sane enim si alteri illud collocaret et concederet, ipsi re non esset opus; cessante necessitate et usus cessat.

Obligationes *usuarii* similes in genere sunt obligationibus usufructuarii, praesertim relate ad restitutionem rei et ad cautionem. Sed onera non tenetur sustinere nisi cum proportionem ad fructus, quos percipiat (*L.* 18. *D.* h. t.).

Usus differt ab usufructu et convenit cum servitute praediali in hoc quod sit indivisibilis (17).

(16) Cit. tit. *L.* 2, 4. 6. 7. 9. 10. 11.

(17) « Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus ». *L.* 19. *D.* h. t.

III. De habitatione.

(Inst. 2, 5. de usu et habit. — D. 7, 8. eod.

C. 3, 33. de usufr. et habit. et ministerio servor.).

281. *Habitatio* solet definiri: *servitus personalis, qua ius cuiuspiam est alienas aedes inhabitandi salva earum substantia.*

Iurisconsulti romani disputarunt. utrum *servitus habitationis* usus esset an *usufructus*. Iustinianus vero peculiarem ipsi tribuit characterem, concessis certis *usufructus* conditionibus, aliis negatis: inde est *servitus sui generis (ius pinguius usu, usufructu deterius)*. Qui *servitutem* habet *habitationis* non potest alteri gratuito cedere, sed potest alteri locare (18); differt quoque ab usu quia non extinguitur per non usum nec per capitis diminutionem, sed *habitatio* recuperatur quoties iterum exercetur. In ceteris sequitur regulas *servitutis* usus. (D. h. t. L. 10. ; D. 4, 5. de capit. dim. L. 10. ; D. 7, 9. usufr. quemad. amitt. L. 5. § 3.

Scholion. *Servitus operarum* est ius omnem utilitatem ex operis servi (vel animalis) alieni percipiendi. Haec quoque *servitus* est usufructu deterior et usu servi pinguior est. Nam qui *usufructum* servi habet, is potest non modo ex operis servi lucrari, sed omnia alia per servum acquirit, v. gr. si servus iste fructuarius haeres institutus est, haereditatem usufructuario acquirit. Contra cui *servitus operarum* constituta est is tantum ex operis servi acquirit. Pinguior est usu servi; nam usuarius non ex omnibus servi operis lucratur, sed tantum eas operas servo indicare potest, quibus ipsi necessario opus est, unde et operas servi locare alteri nequit, quod potest omnino, cui *servitus operarum* constituta est.

(18) « Sed si cui *habitatio* legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque usufructus, sed quasi proprium aliquod ius. Quam *habitationem* habentibus, propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata, permissimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare ». § 5. Inst. h. t. Cfr. quoque C. 8. h. t. L. 13.; D. h. t. L. 10. § 2. 3.

§ 6. DE ACTIONIBUS QUIBUS PROTEGUNTUR SERVITUTES.

282. Ad protegendam servitutem datur specialis actio realis, *confessoria in rem actio*, quae potest etiam intentari tamquam *quasi Publiciana actio*; praeterea dantur *actiones possessoriae*, quibus protegitur quasi-possessio servitutis.

I. *Actio confessoria* est ergo actio ad protegendam servitutem, sicut rei vindicatio protegit ius proprietatis. — Competit autem habenti servitutem contra quemcumque, qui illud ius contestatur aut turbat. Actor debet probare suum ius et in servitutibus praedialibus etiam ius proprietatis praedii dominantis (19). — Conceditur etiam *actio confessoria utilis*, *emphyteutae*, *superficiario* et *pignoratitio* creditori.

Finis actionis confessoriae est recognitio iuris servitutis et cessatio perturbationis ipsius, et accessorie ordinatur ad obtinendam damni accepti reparationem et *cautionem de non amplius turbando* (D. 8, 5. *si servit. vind.* L. 4. § 2. 3. L. 6. § 6.).

II. *Actio (confessoria) Publiciana* conceditur ei qui bona fide possidet praedium dominans ei qui nondum perfecit acquisitionem servitutis per *diuturnum usum* seu praescriptionem; ei qui bona fide servitutem acquisivit a non domino vel modo irregulari; praeterea competit ei qui habet actionem confessoriam sed uti velit publiciana facilioris probationis. (D. 6, 2. *de Public.* L. 11. § 1.; D. 8, 3. *de serv. praed. rust.* L. 1. § 2.).

III. *Actiones possessoriae*. Ad protegendam possessionem servitutis personalis, cuius exercitium coniungitur cum detentione rei, ex analogia applicantur interdicta possessoria, quae inserviunt ad tuendam possessionem rerum corporaliū sc. *uti possidetis*, *unde vi*, *de precario*.

Pro nonnullis servitutibus praedialibus existunt specialia interdicta v. gr. *de itinere actuque privato*; *de aqua quotidiana et aestiva*; *de rivis*; *de fonte*; *de fonte reficiendo*; *de cloacis (privatis)*.

(19) D. 44, 1. *de except.* L. 16.

CAPUT XI.

DE EMPHYTEUSI

D. 6; 3. si ager vectigalis i. e. emphyteutic. petatur.

C. 4, 66. de iure emphyteutico.

I. Historia.

283. Prima forma relationis iuridicae, quae postea conversa est in emphyteusim iuris Iustiniani, est *locatio agri vectigalis*. Agri vectigales erant hi ex quibus pensio (*vectigal*) solvenda erat Statui, provinciae aut alicui corporationi religiosae. Inter quos alii erant *agri vectigales* civitatum seu municipiorum, alii erant fundi pertinentes ad collegia *sacerdotum* vel *virginum vestalium*, qui dabantur privatis in perpetuam locationem, denique etiam *ager publicus* seu *populi romani*, qui etiam antiquitus fuit datus in possessionem privatis civibus mediante aliqua solutione (*decuma, scriptura*). (Cfr. L. 1. D. h. t.).

Possessores *agri vectigalis* erant protecti in sua possessione per *interdictum prohibitorium* (1); relatio vero iuridica orta ex contractu regebatur actione ex contractu. Sed usus in dies invalescens constituendi locationes perpetuas cum iure alienandi seu transmittendi fundos, etiam per successionem titulo universali, induxit praetorem ut illis possessoribus protectionem efficaciorē daret eisque concederet *utilem in rem actionem*, quae etiam dicta est *actio vectigalis* (L. 1. 2. 3. h. t. D.). Inde *ius in agro vectigali* coepit considerari ut *ius in re*, atque orta quaestio utrum magis expediret venditio quam locatio, cum adeo crevissent iura locatarii (Cfr. *Gaium* III. 145.; D. I. (30) *de legatis* L. 71. § 5. 6.).

Ad instar locationis agri vectigalis, quoad dominium Aerarii vel Principis orta est institutio *emphyteusis*, quae appellatio graeca prodit illud institutum coepisse in provinciis,

(1) D. 43, 9. de loco publ. fruendo L. 1.

quae graeca lingua utebantur. Atque initio emphyteusis videtur fuisse simplex tantum concessio excolendi et implantandi fiscales agros incultos (2). Statim vero conversa est in veram locationem similem locationi *agrorum vectigalium*, quae facta est non iam de terris incultis, sed de parum cultis, mediante solutione determinati *canonis* seu *pensionis*, cuius finis non iam erat conservatio agrorum, ut in locationibus ordinariis, sed eorum melioratio. Ex agris fisci extensa est ad agros municipiorum, collegiorum sacrorum et etiam privatorum, atque emphyteutis datum ius transmittendi per successionem, *salva lege fisci*. Qua in re demum notanda constitutio Imp. Zenonis, qua solvit quaestionem inter iurisconsultos agitatam de natura iuris emphyteutici, declarans *conceptionem definitionemque habere propriam*, (C. 4, 66. *de iur. emphyt.* L. 1.; Inst. 3, 24. *de locat. et cond.* § 3.) et neque conductionis neque alienationis esse titulis adiciendum.

II. Ius Iustinianicum.

284. a) *Notio*. Emphyteusis est ius reale alienabile et transferibile ad haeredes in fundo alterius, vi cuius quis usum et fructum plenissimum illius habet cum obligatione illum non deteriorandi et solvendi annum canonem fundi proprietario.

Qui hoc iure gaudet dicitur *emphyteuta*, *emphyteuticarius*, proprietarius *dominus emphyteuseos*, res *fundus emphyteuticus* vel *emphyteuticarius*.

b) *Iura et actiones quae competunt emphyteutae*. Habet plenum ius utendi fruendi re et accessoriis sine limitationibus usufructuarii; unde quascumque mutationes necessarias vel utiles in re facere potest, modo rem non deteriore reddat (3) et fructuum naturalium proprietatem acquirit per simplicem separationem (4). Potest ius suum alienare, oppignorare ac

(2) Cfr. *ius implantandi* de quo loquitur *Ulpianus* in D. 27, 9. de reb. eor. qui sub tut. L. 3. § 4. et Const. *Diocletiani* in C. 5, 71. de praed. et al. reb. min. L. 13.

(3) Nov. 7. c. 3. § 2.; Nov. 120. c. 6.

(4) D. 22, 1. de usur. L. 25. § 1.

subiicere servituti quae duret quantum emphyteusis, illud quoque per actus ultimae voluntatis in alios transmittere (5).

Emphyteutae ius protegitur actione reali simili illi, quae competit proprietario (*utilis rei petitio* vel *actio vectigalis*), quae datur contra quemque, qui eum privet rei possessione (6). Habet etiam *actionem negatoriam utilem* contra praetendentem servitutem aut aliud ius reale, et *actionem confessoriam utilem* ad defendendas servitutes in favorem fundi constitutas (D. 8, 1. *de servit.* L. 16.). — Qui bona fide emphyteusim obtinuit a non domino, uti potest *actione Publiciana*. Praeterea emphyteutae competunt actiones possessoriae ad tuendam suam possessionem. (Cfr. *Glueck* libr. VI. pag. 256. sq. 327. sq.).

c) *Obligationes emphyteutae*. Tenetur fundum in bono statu conservare, solvere tributa et onera fundo imposita, pendere annum canonem sive in pecunia sive in fructibus solvendum (7). — Ad suum ius alienandum indiget licentia proprietarii, qui habet praelationem inter emptores; quare ipsi est notificanda voluntas vendendi et venditionis condiciones ut intra bimestre tempus suo iure praelationis uti possit, quo tempore elapso, venditio etiam sine consensu proprietarii fieri potest, sed soluto *laudemio* ipsi proprietario i. e. quinquagesima parte (2 %) pretii accepti. Quae obligatio canonis solvendi est essentialis emphyteusi, licet ceterae obligationes et iura restrictionem et ampliationem patiantur.

Cum tam ampla sint iura emphyteutae in fundo, primum glossatores, deinde iuristae satis communiter soliti fuerant considerare emphyteusim tamquam speciem dominii, eique indiderunt nomen *dominii utilis* per oppositionem ad *dominium directum* proprietarii. Sed tum terminologia tum ipsa

(5) Inst. 3, 24. de locat. § 3.; D. I. (30.) de legatis L. 71. § 5. 6. L. 39. § 5.; D. 13, 7. de pignor. act. L. 16. § 2.; D. 20, 1. de pign. L. 13. § 3. L. 31.

(6) D. 1. h. t. L. 2.; D. 21, 2. de evict. L. 66.; D. 39, 2. de damn. infect. L. 15. § 26.

(7) C. h. t. L. 1. 2.; Nov. 7. c. 3. § 2.; Nov. 120. c. 8.; C. 4, 65. de locat. L. 21.

res aliena sunt a iure romano et contraria notioni iuris domini sui proprietatis; nam in iure romano emphyteusis constanter consideratur ut *ius in re aliena* (8).

III. Constitutio emphyteusis.

285. Modi quibus constitui potest sunt:

1° *Conventio*, quae dicitur contractus emphyteuticus, qui a venditione et locatione differt ex memorata Zenonis constitutione. Hic contractus, ut iuridicum effectum sortiatur, non indiget traditione (9). Ex illo nascitur immediate *actio personalis* favore utriusque partis, deinde actio *realis* favore emphyteutae (*vectigalis in rem actio*) (10). Constitutio vero emphyteusis *ecclesiasticae* scriptura fieri debet. (Nov. 120. c. 6. § 2.).

2° *Actus ultimae voluntatis*, quo proprietarius titulo *legati* potest concedere emphyteusim in fundum proprium, quin necessarius sit contractus inter haeredem et legatarium.

3° *Usucapio*, per quam potest emphyteusis acquiri sive in rem, quae non est subiecta emphyteusi, sive in rem iam illi iuri subiectam, obtinendo illud ius alteri competens. Primum accidit, si quis a non domino, ideo invalide, sed bona fide acquirit emphyteusim, illudque ius exercet tempore ad usucapionem requisito. Alterum vero contingeret, si quis bona fide coepisset exercere ius emphyteusis in illo fundo *in favorem alterius* constitutum, et deinde in illo exercitio tamquam emphyteuta perseverasset tempore requisito ad usucapionem. — In primo casu usucapio perficitur contra fundi proprietarium; in altero in praeiudicium prioris emphyteutae, a quo

(8) D. h. t. L. 1. § 1.; D. I (30) de legatis L. 71. § 5. 6.; D. 7, 4. quib. mod. ususfr. L. 29. pr. Cfr. *Glueck* libr. VI. tit. 3. § 602. nota 1.

(9) Utrum requiratur traditio ad *transmissionem* disputatur. Cfr. *Windscheid* I. § 221.; *Glueck* libro VI. tit. 3. § 608. pag. 506.

(10) « Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt » municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere iis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipales » L. 1. § 1. D. h. t. — At domino ex natura rei competit rei vindicatio adversus tertias personas.

tamen in usucapientem non videtur transferri per praescriptionem ius prioris emphyteutae, sed potius videtur dicendum in usucapiente exurgere ius, postquam in priori fuit extinctum. Quare in utroque casu ius proprie oritur *ex novo*; quamvis in altero casu oriatur in iisdem conditionibus, quibus pro altero fuerat constitutum (11).

4^o *Iudicis sententia*. Vix quidem fieri potest ut iudex in iudicio divisorio debeat alterutri parti adiudicare emphyteusim; fieri tamen potest, ut iudex agnoscat in reo convento *obligationem* constituendi emphyteusim, et illi obligationi det executionem declarando constitutam emphyteusim, quam reus nolebat constituere. Tum dicitur constituta iudicis sententia.

IV. Extinctio emphyteuseos.

286. *Extinguitur* omnibus modis, quibus pereunt iura *in re aliena* v. gr. totali destructione fundi, confusione seu consolidatione, verificata conditione resolutoria, expiratione termini, mutuo consensu emphyteutae et proprietarii (12).

Sunt modi *speciales*: 1^o *praescriptio*. Ut autem praescriptione amittatur non sufficit *non usus* ex parte emphyteutae, sed requiritur *usucapio libertatis* ex parte proprietarii, qui fundum possidere debet tempore ordinario tamquam liberum a iure emphyteusis. Ex generalibus principiis iuris extinguitur lapsu temporis, cum emphyteuta ipse acquirit usucapione proprietatem fundi.

2^o *Caducitas*. Emphyteuta decedit suo iure in poenam: si fundum deterioiorem reddit (Nov. 120. c. 8.); si canonem aut onera non solvat per triennium, in emphyteusi vero ecclesiastica per biennium (C. h. t. L. 2.; Nov. 7. c. 3. § 2.; Nov. 120. c. 8.); denique si in alienando suo iure non implet

(11) Multi tamen auctores negant possibilitatem usucapionis in emphyteusi, et nonnulli, negata ordinaria usucapione decem annorum, admittunt extraordinariam praescriptionem 30. vel 40. annorum; innituntur L. 12. § 2. D. de Public. act. 6, 2., in quo tamen non agitur *de iure vectigali* sed *de praedio vectigali*.

(12) Quod non sufficiat simplex renuntiatio propter naturam contractus bilateralis cfr. apud *Glueck* libr. VI. tit. 3. § 616.

requisitas condiciones (L. 3. C. h. t.). — Quibus in casibus caducitas inducitur *ipso iure*; si tamen dominus renuntiat suo iuri obtinendi declarationem caducitatis, tunc intelligitur emphyteusis perpetuo constituta (L. 3. C. h. t.).

Extinguitur quoque emphyteusis, si emphyteuta sine successione moriatur, quin de suo iure aliter disposuerit.

CAPUT XII.

DE IURE SUPERFICIEI.

(D. 43, 18. *De superficiebus*).

I. Historia.

287. Initio, sicut emphyteusis, ita etiam superficies non videtur fuisse considerata ut ius *reale*. Eius origo videtur repetenda ex concessionibus a Statu factis aedificandi in solo publico et ex maximo incremento, quod sub finem reipublicae cepit Urbs, unde orta necessitas extruendi plurima atque perampla aedificia. Quare facile fieri potuit, ut pauci proprietarii soli Urbis Romae (Status, collegia sacra, privati divites) concederent negotiatoribus facultatem aedificandi certas domus (*insulae*) mediante solutione annui canonis (*solarium*), quas ipsi deinde aliis locabant. De huiusmodi concessionibus aedificandi in solo publico habemus documentum antiquum: « *ei permissum sit aedificare pecunia sua, praestaturus solarium, sicut ceteri* » (1).

Modi acquirendi superficiem erant plures: acquirebatur enim vel impetratione concessionis construendi in solo alterius, aut per emptionem restrictam ad constructionem (*superficies*) sine solo, aut per conductionem in longum tempus vel in perpetuum alicuius aedificii vel partis ipsius. Sed nullo ex memoratis modis obtinebatur proprietas aedificii, quae habebatur ut inseparabilis a proprietate soli. « Superficiarias aedes (ait Gaius) appellamus, quae in *conducto solo* positae sunt, quarum proprietas, et civili et naturali iure eius est, cuius

(1) Cfr. *Bruns*, *Fontes* (ed. 6^a) pag. 303.; *Bonfante* *Ist.* pag. 244. sq.

et solum » L. 2. h. t. — Ius superficiei ita concessum mediante praestatione *solarii* solum producebat ius obligationis. Praetor ad tuitionem illius iuris primum concessit *interdictum de superficie* simile interdicto *uti possidetis*; deinde vero dedit *utilem in rem actionem (in factum conceptam)*, similem actioni propriae iuris proprietatis, quam tamen solum concedebat *causa cognita* (L. 1. pr. et § 3. h. t.). Inde coepit considerari superficies ut ius *reale* alienabile et transmissibile ad haeredes.

II. Ius Iustinianum.

288. a) *Notio*. Ex dictis colligi potest superficiem (quod super soli faciem est) esse ius reale in fundo alterius alienabile et transferibile ad haeredes, vi cuius habetur plenus usus et fruitio constructionum et plantationum quae in illo fundo sunt factae cum obligatione de his curandi tamquam bonus pater familias.

b) *Iura et actiones, quae superficiario competunt* sunt: ius utendi fruendi aedificio, quod potest transmitti ad haeredes testamentarios vel legitimos aut per legatum aut etiam per actus inter vivos alienari vel hypothecae aliisque oneribus subiici, quae perdurant quantum ipsum ius (2). — Ipsi competit *utilis rei vindicatio*, praeterea *negatoria* et *confessoria in rem actio* atque etiam respective *Publiciana*. Habet interdicta possessoria et speciatim *interdictum de superficie* (3).

c) *Obligationes* superficiarii sunt: solvendi tributa, quae superficiem gravant et solvendi *solarium*, si fuerit constitutum (4).

Concedenti superficiem, praeter actiones personales, competit *rei vindicatio* ceteraeque actiones dominio inhaerentes: sed si rem vindicat a superficiario, hic opponere potest *ex-*

(2) L. 1. pr. et § 3. 6-9. D. h. t.; L. 10. D. fam. ere. 10, 2.; L. 16. § 2. de pign. act. 13, 7.; L. 15. qui potior. in pign. 20, 4.

(3) L. 1. § 1-6. h. t.; L. 73-75. D. de rei vind. 6, 1.; L. 12. § 3. de Public. 6, 2.

(4) D. 6, 1. de rei vind. L. 74.; D. 20, 4. qui potior. in pign. L. 15.

ceptionem superficiei (D. h. t. L. 1. § 4; D. 43, 17. *uti possid.* L. 3. § 7.

d) *Constitutio superficiei* fieri potest contractu, legato, donatione, sententia iudicis, usucapione. Quodsi fiat contractu, generatim exigitur canon seu solarium annuum, quod tamen non est essenziale requisitum, sed potest fieri per emptionem-venditionem solvendo quantitatem fixam sine ulteriori obligatione annuae pensionis. (D. h. t. L. 1. § 1.; D. 23, 3. *de iure dot.* L. 32.); nec requiritur ut contractum sequatur quasi-traditio. (L. 1. § 3. D. h. t.).

e) *Extinguitur* eisdem de causis, quibus emphyteusis, exceptis privationibus in poenam, quae in superficiem non cadunt. Si aedificium casu fortuito ruat aut legitime destruat, materia ad superficiarium pertinet, maxime si ex propria materia extruxerit, nisi fuerit limitata facultas de rei substantia disponendi.

289. Scholion. Superficies est institutum iuridicum simile emphyteusi, a qua tamen differt, quia non, ut haec, cadit supra solum sed in superficiem; praeterea non est conditio essentialis pensatio annui canonis; deinde etiam modis extinctionis, quia non datur privatio in poenam. A servitutibus differt, quia hae semper constituuntur in beneficium unius personae vel fundi, dum superficies ad alios transmitti potest et ampliora confert iura.

CAPUT XIII.

DE PIGNORE ET HYPOTHECA.

(D. 20, 1. *de pignoribus et hypothecis* — C. 8, 14. *eod.*).

Sectio I. — Historia.

290. In antiquo iure romano sub tribus formis sese offert hoc ius: *fiducia*, *pignus*, *hypotheca*.

Fiducia. Originarii modi securitatem crediti obtinendi fuerunt *mancipatio* et *in iure cessio* rei pro debito creditori obligatae, qui obligatione satisfacta debuit eam *remancipare*.

Haec conventio fuit dicta *fiducia*, *fiduciam contrahere* (*Gaius*, II. 60, III. 201), quod nomen *fiducia* non soli conventioni, sed ipsi etiam rei datae fuit applicatum (1). Si obligationi non fuisset satisfactum, creditor ius habebat rem vendendi atque valor denegabatur pactui *ut fiduciam sibi vendere non liceat* (*Paulus* II. 13, 5.; L. 4. D. *de pignor. act.* 13, 7.). → Debitori ex alia parte competebat *actio fiduciae*, qua, dum res nondum esset vendita, poterat petere eius remancipationem; post eius venditionem, id quod remaneret pretii a creditore percepti (*Paulus*, II. 13, 1.). Quae *actio fiduciae* ante rem venditam extinguebatur in casu *legis commissoriae* seu pacti vi cuius creditor, cui intra certum tempus non fuisset satisfactum, posset in satisfactionem crediti sibi retinere rem mancipatam (2). — *Fiducia* hoc modo constituta erat maxime favorabilis *creditori*, cum in securitatem crediti haberet medium facile acquirendi dominium quiritarium rei datae in fiduciam, atque ita securus reddebatur contra concursum aliorum creditorum: sed inde etiam erat nimis gravis *debitori*, qui re in fiduciam data frui non poterat (3), nec per actionem fiduciae, quae erat actio personalis, sufficientem securitatem obtinebat contra possibilem rei alienationem ex parte creditoris (4); tandem fiducia non habebat locum nisi in rebus, quae mancipari vel in iure cedi poterant.

291. Pignus. Cum *fiducia* creditori potestatem iuridicam daret in rem mancipatam pro assecuratione crediti, *pignus* solum

(1) *Paulus*, Sent. II. 13. Fuit quoque in usu in eundem finem mancipatio filiorum, qui essent sub patria potestate (ib. II. 24.), qui usus tempore iuriconsultorum classicorum iam cessaverat. Cfr. *Paulum*, Sent. V. 1.; L. 1. C. de patrib. qui fil. 4, 49.; Nov. 134. c. 7.

(2) *Fragm. Vatic.* 9. Quod pactum fuit abolitum a Constantino: C. Theodos. III. 2., C. Iustin. VIII. 35. Cfr. quoque *Gaium* II. 59. 60. *de usureceptione fiduciae causa.*

(3) Illa privatio fuit emollita relinquendo debitori rem mancipatam in *precarium*, deinde per locationem nummo uno. *Gaius* II. 60.

(4) Actio fiduciae, cum pro obiecto habebat residuum pretii a creditore percepti, non transibat ad successores debitoris, qui illam inchoaverat (*Paulus* II. 17, 15.); quamvis si creditor in illa actione succumbebat, infamiam incurrebat (*Gaius* IV. 182.).

dabat potestatem de facto. Creditor, cui pignori data esset res debitoris, rei oppignoratae *possessionem* dumtaxat acquirerat ex solo contractu *iuris gentium*, qui traditione rei perficiebatur et *actioni pignoraticiae* locum dabat. Ergo *pignus* solum introduci potuit cum iam evolutum erat institutum protegendum *possessionem*, in quo innititur.

Pignus quoad modum et formam constitutionis erat medium simplicius quam *fiducia*, sua tamen nec parva habuit incommoda. Etenim creditor securitatem obtinebat contra alienationem rerum mobilium ex parte debitoris, non ita quoad alienationem immobilium (5) quae poterant mancipari etiam ab eo qui *possessionem* non haberet. Similiter si facta esset conventio inter creditorem et debitorem *de pignore distrahendo*, creditor in acquirentem solam *possessionem* et possibilitatem usucapionis transferre poterat, licet postea huic incommodo remedium adhibitum per introductam *Publicianam in rem actionem*. — Denique *pignus*, quod extendebatur ad peregrinos et ad fundos provinciales, non fuit applicatum nisi rebus corporalibus.

292. Hypotheca. Incommoda, quae ex pignore oriebantur, cessarunt per introductum institutum iuridicum *hypothecae*. *Fiducia* nimirum favebat creditori, cum ipsi afferret rei dominium in damnum debitoris; *vetus pignus* parum ipsi favebat, cum ei solum tribueret *possessionem*; per *hypothecam* neque amplius dominium neque amplius simplex possessio transibat ad creditorem, sed ipsi tribuebat ius in re, veluti media quaedam et iusta tuitio. Pertinet *hypotheca* ad magis evolutam iuris romani periodum, cum iam dimissum fuerat antiquum principium, quod debitor de sua obligatione non deberet respondere etiam cum propriis bonis, quo tempore creverat etiam momentum oeconomicum *crediti*. Sane fundamentum instituti iuridici *hypothecae* illud est, quod bona debitoris possunt inservire ad assecurandum creditorem per

(5) Etiam in hoc casu debitori solebat res relinqui in *precarium* (D. 43, 26. de prec. L. 6. § 4.); sed in casu alienationis creditori nullum competeat interdictum contra acquirentem.

simplicem conventionem, quin necesse sit ut eorum dominium vel possessio in creditorem transferantur, sed permanendo apud debitorem possint nihilominus inservire tanquam instrumentum crediti relate ad alias personas.

Prima origo huius instituti videtur quaerenda in locutionibus fundorum rusticorum, in quibus locator erat reddendus securus de obligationibus a conductore implendis, quin tamen conductor privaretur instrumentis necessariis ad fundum excolendum (*invecta et illata*). In hunc finem praetor *Salvianus* introduxit *interdictum adipiscendae possessionis*, quo illata et invecta in praedium detineri poterant in securitatem solutionis pensionis, unde creditori sine possessione dabatur idem ius, quod habebat creditor pignoratitius (*interdictum Salvianum*) (6). Cum autem haec tutela iuridica sufficiens non videretur, quia versabatur dumtaxat circa possessionem, alius praetor, *Servius*, *actionem in rem* introduxit, vi cuius locator *illata et invecta* vindicare posset, prout olim creditor fiducia-rius, quin tamen dominium haberet (*actio Serviana*) (7). Quae actio introducta in casu particulari rerum coloni in fundum rusticum illatarum, paulatim estensa est ad alias res, ad securitatem pro aliis obligationibus sub nomine *Quasi-Serviana actio*, *Serviana utilis*, *actio hypothecaria*, *pignoratitia (in rem) actio* (8).

Introducta et modo explicato extensa actione Serviana, fiducia fere omnem utilitatem amisit, et quamvis eiusdem mentio adhuc habeatur aetate classicae iurisprudentiae, tamen credendum est eam raro fuisse adhibitam, donec plane dispa-

(6) *Gaius* IV. 147. « Interdictum quoque, quod appellatur *Salvianum*, adipiscendae possessionis comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset ». Cfr. D. 43, 33. de *Salv. interd.*; C. 8, 9. de *prec. et Salv. interd.*

(7) D. 43, 33. de *Salv. interd.* L. 1. § 1. L. 2.; Inst. 4, 6. de *act.* § 7.

(8) D. 10, 4. ad *exhib.* L. 3. § 3.; D. 44, 2. de *exc. rei iud.* L. 30. § 1.; Inst. l. c. « Item *Serviana* et quasi *Serviana*, quae etiam *hypothecaria* vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. *Serviana* autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur; quasi *Serviana* autem creditores pignora hypothecasque persequuntur ».

ruit. — Post introductionem hypothecae, *pignus* et *hypotheca* fere indiscriminatim ad significandum idem ius reale in re aliena adhibita sunt; remansit illud solum discrimen, quod petitur ex coniunctione cum possessione; pignus cum possessione coniunctum vetus nomen retinuit; pignus sine possessione appellatum fuit graeca voce hypotheca (9).

Ergo hic indiscriminatim agetur de pignore et hypotheca, nisi in casu particulari expressa fiat distinctio.

Sectio II. — Ius Iustinianicum.

§ 1. NOTIO, REQUISITA ET NATURA PIGNORIS SIVE HYPOTHECAE.

293. Notio. Pignus sive hypotheca est *ius in re aliena in securitatem crediti*. Vi huius iuris creditor potest rei possessionem capere, si illam non habeat, et rem vendere, ut ex rei pretio sibi satisfaciatur pro casu quo debitor obligationem non adimpleat (10).

Suapte natura pignus non est nisi ius accessorium, quia praesupponit et roborat praecedentem obligationem, quaecumque tandem haec sit, sive civilis, sive honoraria, sive etiam tantummodo naturalis. Duplicem ergo requirit conditionem: praeeexistentiam crediti (*obligatio*), rem aptam ut constituatur in pignus.

294. Requisita. I. *Obligatio* principalis praerequisita: a) potest esse sive pura, sive in diem, sive sub conditione: pignoris autem ius eandem naturam induit, eo quod *accessorium sequitur principale* (L. 5. pr. L. 13. § 5. D. h. t.). Proinde: si in diem, tunc pignoris efficacia incipiet, cum incipit efficacia obligationis, quamvis existentia statim adsit; si sub

(9) « Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus. quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; at eam, quae sine traditione, nuda conventionione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus ». Cfr. quoque D. 13, 7. de pign. act. L. 9. § 2.; D. 20, 1. de pignor. L. 5. § 1.

(10) Generatim loquendo cum consistit in re *mobili* traditur creditori, si in re *immobili* nuda conventionione constituitur.

conditione, tunc pignoris existentia erit, cum obligatio, conditione adimpleta, ad existentiam pervenerit; regreditur tamen efficacia usque ad diem conventionis et ex tunc extitisse censetur (L. 13. § 5. h. t. D.) — *b*) potest obligatio esse civilis vel honoraria vel etiam naturalis, dummodo non sit a iure expresse reprobata (L. 5. pr. h. t.) — *c*) potest esse obligatio proprii debitoris vel alterius extranei (L. 5. § 2. h. t. D.).

II. *Obiectum idoneum* pignori constituendo generatim loquendo, sunt quaecumque res alienationem patiuntur; pignori enim ideo res supponitur, ut, nisi solutio debiti fiat, creditor satisfactionem accipiat de eiusdem alienationis pretio (L. 9. § 1. h. t.).

Speciatim vero idonea esse potest: *a*) quaecumque res *corporalis*, sive mobilis, sive immobilis, nisi extra commercium sit vel prohibita alienari (L. 15. pr. h. t.), sive praesens sit, sive futura. Cum vero res est solum in spe, pignus existere nequit propter obiecti defectum; tunc solum existet et efficaciam habebit, cum res ad existentiam venerit. — *b*) res *incorporalis*, quae tamen vendi possit v. gr. ius emphyteuticum vel superficiarium, servitus, credita et ipsum ius pignoris (*pignus pignori datum*) — *c*) non solum res *singularis* sed etiam *universitas* rerum aut iurium aut integrum patrimonium, quo casu pignus afficit omnia bona praesentia et futura, iis dumtaxat exceptis quae ad vitam necessaria sunt (L. 6.-9. D. h. t., L. 9. C. 8, 17.).

295. Natura pignoris. I. Pignoris *causa* est dividua quoad originem, individua quoad exercitium. — Dividua quoad originem, cum in constitutione pignoris divisio rei contingere possit, et pignoris ius affirmari possit etiam super partem rei, sive pro diviso sive pro indiviso haec pars intelligatur (L. un. C. 8. 21.). — Individua quoad exercitium, quia postquam constitutum est pignus, non potest exerceri ius per partes (L. 65. D. 21, 2.); seu vis pignoris individua est sive inspicitur quoad securitatem creditoris, sive respiciatur ad obligationem debitoris.

II. *Quoad creditorem* totum creditum et quaecumque pars crediti a tota re pignolata defenditur; nam quoties non est

integre satisfactum creditori, etiamsi hic pro maiori parte solutionem receperit, in totum perseverat vis pignoris circa rem, eamque suo tempore distrahendi facultatem creditor conservat. Inde autem consequitur: 1° defuncto creditore et pluribus haeredibus relictis, creditum quidem dividi inter ipsos, ita ut quisque ius ad solutionem crediti habeat pro portione haereditaria; at actionem pignoratitiam competere in integrum unicuique, et unumquemque rem totam pignori subiectam persequi posse ad consecutionem portionis solutionis sibi debitae (L. 1. C. 8, 32.). — 2° defuncto debitore et pluribus haeredibus relictis, obligationem quidem dividi inter ipsos, ita ut quisque obligationis partem suscipiat pro portione haereditaria; at actione pignoratitia unumquemque in integrum teneri, et rem totam pignori subiectam, si forte in parte sua haereditatis consistat, unumquemque reddere teneri, quamvis iam satisfecisset parti suae obligationis; quo casu percellitur tamquam detentor rei, quae alteri pignoris iure obligatur (L. 2. C. 8, 32.).

III. *Quoad debitorem* in ordine ad obligationem, qua is devincitur, ius pignoris individuum est. Res obligatur in toto et in qualibet parte pro credito; inde illud principium, quod pignus est totum in toto et totum in parte. — Quare si creditor procedit ad rei pignori subiectae venditionem, potest, si mavult, quamcumque eiusdem rei partem alienare in sui satisfactionem, quemadmodum rem totam posset. Proinde si defuncto debitori plures sint haeredes, creditor, cui plures res pignori traditae sint, potest unam ex eis eligere, quamvis haeres, in cuius portione haereditaria haec res invenitur, iam propriae obligationi satisfecisset, est enim hic haeres in casu detentor rei pignori subiectae (11).

(11) Quodsi pignus *natura* dicitur individuum, id non provenit ex *essentia* pignoris. Hinc partes inter se specialem conventionem inire possunt, ex qua in casibus memoratis aliter res se habeat. Cfr. L. 9. C. 8, 20. et *Van Wetter* I. 260.

§ 2. DE CONSTITUTIONE SIVE ACQUISITIONE PIGNORIS.

I. De constitutione pignoris per conventionem.

296. Pignus constitui potest *per pactum conventum*, cum quis paciscitur, ut eius res propter aliquam obligationem pignori subiiciatur. Duae conditiones requiruntur: 1^o requiritur ut constituens sit *dominus* rei, quam pignori subiicit, eiusque *alienandae capacitatem* habeat. Dominium rei requiritur, quia pignoris constitutio est alienatio alicuius iuris in re propria. Nihil tamen impedit, quominus cum domini consensu constituatur pignus in re aliena, vel, si ignorante domino constitutum sit, conventio a rei domino rata habeatur; immo potest res aliena pignori supponi pro casu quo constituens eiusdem rei dominium acquirat (12). — Quodsi quis absolute rem alienam in pignore constitueret creditori suo, et hic esset in bona fide, conceditur ei *actio hypothecaria utilis* pro casu quo res in constituentis dominium venerit vel dominus rei fiat illius haeres (13). Denique sciendum est, quod si ab eo qui Publiciana uti potest, quia dominium non habuit, pignus quis accepit, per Servianam a praetore defenditur, quemadmodum debitor per Publicianam (14). — 2^o requiritur praeterea capacitas alienandi, cum ius in re alienetur in pignore; qui ergo alienare prohibetur, nec pignori supponere potest. Si tamen pignus in incapacitate positum fuerit, et deinceps incapacitas

(12) C. 8, 16. si aliena res pign. L. 6.; D. 20, 1. de pign. L. 16. § 7.; D. eod. L. 1. pr. L. 15. § 1.; D. 20, 4. qui pot. L. 3. § 1. L. 7. § 1.

(13) « Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiae detur » L. 5. C. si al. res 8, 15.; L. 1. pr. D. de pign. 20, 1. — Item: « Si Titio, qui rem meam, ignorante me, creditori suo pignori obligaverit, haeres extitero, ex post facto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori ». L. 22. D. h. t. (20, 1.). Contraria autem opinio *Pauli* (fragm. 41. de pignor. act. 13, 7.) communiter ab interpretibus relicta. Cfr. *Arndts-Serafini* II. § 371. not. 1.

(14) L. 18. D. h. t.

disparuerit, fieri potest pignoris confirmatio (15). — 3º Requiritur ut conventio intercedat inter partes de re pignori supponenda; nec ad rem pertinet quibus verbis ineatur, ut accidit in his obligationibus, quae consensu contrahuntur; quare non requiritur rei traditio, quia pignus contrahitur etiam nuda conventione. Potest autem conventio fieri sub conditione aut in diem, quamvis obligatio principalis cui accedit pura sit. Si sub conditione fiat, pignus in suspenso manet usque ad conditionis perfectionem (16), qua adveniente eiusdem efficacia regreditur in diem initae conventionis. Si in diem conventio facta fuerit, eius existentia ab initio habebitur (17), quamvis efficax haud sit, nisi die adveniente (18).

II. Per legatum vel magistratum.

297. a) Pignus constitui potest etiam per testamentum seu per legatum. Duas autem condiciones, ut vim habeat, requirit hic constituendi modus: 1º quod testator sit dominus rei, quam pignori supponere vult favore alterius. (L. 1. C. 6, 43). — 2º quod legatum tum sit validum respectu sui, tum sit acquisitum respectu legatarii.

b) Praeterea constitui potuit auctoritate Praetoris: cum quis huius auctoritate mittebatur in possessionem bonorum aut etiam singularis rei, servandi causa, ex illa missione exsurgebat pignus inde ab initio apprehensionis possessionis; quamvis non semper in pignore Praetorio potiores haberentur, qui priores in possessionem venissent. (Cfr. C. 8, 22. *de Praetorio pignore*) (19).

c) In causa quoque *iudicati* constituebatur pignus; hinc

(15) L. 1. pr. D. 20, 3.; L. 1. § 2. 4. L. 2. D. 27, 9.; L. 22. C. 5. 27.; L. 2. C. 5, 70.; L. 21. i f. C. 5, 16.

(16) L. 13. § 9. D. h. t.

(17) L. 12. § 2. D. 20, 4.

(18) Disputatur, num conventio circa pignoris constitutionem fieri per mandatarium possit. In quorundam sententia ante Iustinianum non poterat, post Iustinianum vero potuit. Arg. L. 2. C. 4, 27.

(19) Plures apud interpretes adsunt disputationes de pignore Praetorio, praesertim num ex eo oriretur actio in rem.

pignus causa iudicati captum (20). — Olim erat *actio legis*, quae appellabatur *pignoris capio*. Postea ipse magistratus ad reos coërcendos pignora capere solebat. Denique post Antoninum Pium generatim sententiae executio urgebatur per pignora ex debitoris patrimonio (21). Revera admissum fuit quod temporis spatium concederetur ad sententiae parendum et solutionem peragendam (L. 2. C. 7, 54.); nisi solutio fieret, pignus capiebatur (L. 31. D. 42, 1.), et quidem certo ordine, sc. imprimis in rebus corporalibus mobilibus, dein in immobilibus, ultimo loco in rebus incorporalibus (L. 12. § 2. D. 42. 1.). Facta rei apprehensione, exsurgebat favore creditoris ius pignoris, qui rem post aliud quoddam temporis spatium alienare poterat sub hasta, ut de pretio obtento solutionem acciperet et superfluum reo cederet (22).

III. Acquisitio pignoris per legem.

D. 20, 2. in quibus caus. pignus vel hypotheca tacite contrahit. — C. 8, 15. eod.

298. Pignus pluribus in casibus constituitur vi legis. Tunc dicitur *pignus legale*, *hypotheca legalis*, vel etiam pignus *tacitum*, quia contrahi praesumitur tacite inter duos (23); quae praesumptio taciti consensus, si valet pro antiquioribus casibus, certe non valet pro omnibus casibus iuris Iustiniani.

Distinguitur autem hypotheca seu pignus *speciale* et *generale*.

299. a) *Pignus speciale* habetur in sequentibus casibus :

1° In casu *locationis rei immobilis*. — Si agitur de locatione praedii rustici seu rei *fructiferae*, fructus qui nascuntur tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, quamvis nominatim de hoc non fuerit conventum (D. h. t. L. 7.); percellit autem pignus solos fructus perceptos, quia per perceptionem eos colonus facit suos; fructus nondum percepti neque ad

(20) C. 8, 23. Ab interpretibus etiam dicitur *pignus iudicarium*.

(21) D. 27, 9.

(22) D. 42, 1. L. 31.; C. 8, 18. L. 2.; C. 8, 23. L. 1. 2.

(23) C. 6, 43. comm. de legat. et fideic. L. 1.

colonum spectant, neque proinde pignori subiici possunt contra ipsum. — Si vero agitur de locatione praedii urbani, seu rei *non fructiferae*, quae in ipsum *inducta vel illata* essent, pignori eo ipso subiici censebantur (L. 4. pr. h. t. D.); *invecta et illata* in praedium rusticum tunc tantum sub pignore censebantur comprehensa, cum de eo specialis conventio intercessisset (L. 4. cit.; § 6. Inst. 4, 6. *de action.*).

2° In casu *legati aut fideicommissi*. Si quis enim fruitur iure legati aut fideicommissi, eo ipso tacite sibi res obligatas habet ad hoc, ut solutionem rerum accipiat post aditam haereditatem (24).

3° In casu *non solutionis tributorum*, quae praedium respiciunt, praedium ipsum pignori subiicitur legali (25).

4° In casu *speciali mutui*. Si quis mutuo pecuniam dedisset ad domum restituendam, in securitatem crediti eo ipso pignus super insulam habet (*pignus insulae*) D. h. t. L. 1.

5° In casu *speciali pupilli*. Si ex pupilli nummis res aliqua a tutore aut alio aliquo emptā sit, idem pupillus eam sibi obligatam habet pignoris iure. (C. 7, 8. *de servo pign. dato manum.* L. 6.).

300. b) *Pignus generale* habetur in sequentibus casibus (26):

1° In casu *tutelaē vel curae*. A die quo tutela et cura exerceri debet, pupilli et minores sibi omnia bona obligata habent tutoris aut curatoris. Quod pariter dicendum favore eius, cui bonis interdicitur (27).

2° In casu *matrimonii*. A die quo maritus bona uxoris administrare debet, haec habet pignus super omnia illius bona, tum ratione dotis, tum ratione donationis propter nu-

(24) D. 39, 4. de publican. et vectig. L. 7. pr.; D. 49, 14. de iure fisci L. 36.; D. 50, 15. de censibus, L. 5. § 2.; C. 4, 47. sine censu L. 2.

(25) Circa enumerandos casus pignoris generalis non omnes interpretes consentiunt, dum aliqui distinguunt inter pignus legale et creditum privilegiatum et hoc alterum in pluribus casibus agnoscunt.

(26) C. 5, 37. de adm. tut. L. 20.; C. 5, 70. de curat. fur. L. 7. § 5.; C. 6, 61. de bonis, quae lib. L. 6. § 4.

(27) C. 5, 13. de rei ux. act. L. un. § 1. § 13. i. f.; C. 5, 12. de iure dot. L. 29.; C. 5, 14. de pact. conv. L. 11.; D. 20, 4. qui potior. L. 1. pr.

ptias, tum ratione pecuniae ex bonis paraphernalibus. Quae obligatio perseverat etiam favore haeredum descendentium mulieris et in genere favore eorum omnium, quibus restitutio bonorum ipsius uxoris est facienda (28). — Aliud pignus in casu matrimonii habetur favore mariti propter dotem recipiendam uxoris suae, et super bona eius, qui ad huius dotis constitutionem tenetur (29).

3° In casu secundi matrimonii. Filiis competit pignus super bona parentis ad secunda vota transeuntis (30).

4° In casu speciali *legati coniugi superstiti* relictis. Si coniux alteri coniugi legatum reliquisset sub conditione ne ad secunda vota transiret, huius bona obligantur pignoris iure haeredi coniugis legantis in securitatem restitutionis rei legatae, si quando contra conditionem secundas iniret nuptias (31).

5° In casu debitorum fisci aut Principis, fisco et Principi ius pignoris competit in bona debitoris (32).

6° In emphyteusi ecclesiastica. Ecclesia super bona emphyteutae pignus habet in securitatem ne fundus emphyteuticus deterior fiat. Novella 7. c. 3. § 2.

§ 3. DE HYPOTHECAE SIVE PIGNORIS EFFECTIBUS.

I. Iura pignoris in genere.

301. I. Cum propter naturam individuum pignoris creditum totum et in toto securitatem habeat, ius pignoris naturaliter vim suam producit etiam ad accessoria, modo iam praevisa fuerint aut praevideri potuerint, ita ut ad ea potuerit ferri voluntas; secus sunt extra pignoris obligationem (33). E contrario tota hypotheca perseverat, quamvis pro parte creditum defecerit.

(28) C. 5, 13. de rei ux. act. L. u. § 1. initio.

(29) C. 5, 9. de secund. nupt. L. 6. § 2. L. 8. § 4.

(30) Novella 22. c. 44. § 2. 3. 8. 9.

(31) D. 49, 14. de iure fisci. L. 46. § 3. L. 6. § 1. L. 17. 37.

(32) D. 20, 1. de pign. L. 13. § 6.; D. 13, 7. de pignor. act. L. 8. § 5.; C. 4, 32. de usur. L. 4.

(33) D. h. t. L. 16. pr.; D. 13, 7. de pignor. act. L. 21. L. 18. § 1.

Quare creditor non solum rem pignori subiectam iure pignoris sibi adscribere potest, sed etiam eius accessoria, praesertim fructus, si quid separatim a re constituunt (34). — Praeterea si creditor rei pignori subiectae servandae gratia aliquid expenderit, etiam ad hoc extendit ius suum. (C. 8, 14. *de pignor.* L. 6.).

II. Quodsi ius pignoris circa universitatem versatur, praesertim in casu hypothecae generalis seu omnium bonorum, omnes percellit res, quae in hanc universitatem ingressae sunt a die constitutionis iuris usque ad finem (C. 8, 16. *quae res pign.* L. 9.). Si quae res hoc tempore ex universitate egressa sit, nihilominus remanet creditori obligata, qui eam persequi potest ubique (D. h. t. 20, 1. L. 13. pr.). Quae vero post pignoris constitutionem in universitatem ingressa sunt, illius efficaciae subiacent a die ingressus (35).

Ab hypotheca generali eximuntur: 1° quae inserviunt ad usum quotidianum (L. 6. 7. D. h. t. 20, 1.); 2° quae ad affectionem pertinent constituentis et generatim quae verisimiliter pignori daturus non esset (L. 6. 8. cit. tit.); 3° quae ex necessitate commercii commutationem pati debuerunt, quo in casu res permutatae in locum priorum succedunt (L. 34. pr. h. t.).

II. iura debitoris.

302. I. Qui constituit rem pignori, generatim loquendo, omnia iura sua circa illam conservat, cum pignus hic et nunc per se non detrahat iuri proprietatis debitoris, sed solum affert creditori securitatem persecutionis rei suo tempore, cum debitor deficiat in solutione. Quod praesertim valet, cum rei possessio permansit apud constituentem, ut accidit in hypotheca prout haec contradistinguitur a pignore.

II. Quare constituens pignus conservat *ius utendi fruendi* (L. 21. § 2. D. h. t. 20, 1.); modo tamen in hoc se gerat uti

(34) Cfr. D. 20, 4. qui potiores L. 7. § 1.

(35) Aliter creditor posset rei possessionem petere, aut exigere quod ad pignoris securitatem per alias res suppleatur. L. 6. D. h. t.

bonum patremfamilias, quia agitur de damno vitando, nec potest ius pignoris in discrimen adducere (36). Vindicare ergo rem potest a quocumque, non excepto creditore pignoratario, nisi, cum actio movetur, iste ius ipsam rem tenendi habeat.

Si tamen creditor rem possidet fructusque ex ea colligit, in diminutionem crediti computare debet. Iam vero debitor nonnumquam concedit creditori ius fruendi re oppignorata. Haec conventio dicitur *pactum antichreticum* (datur usus rei, tamquam reciprocum usus, quem debitor facit capitalis); quae conventio est licita, nisi sub illa pallientur usurae (37). Quae antichresis, etiam non intercedente pacto expresse, intelligitur constituta in re frugifera, quae data est in pignus pecuniae mutuo datae sine interesse; quo casu creditor ius habet percipiendi fructus loco interesse capitalis mutuo dati et usque ad quantitatem interesse legalis cum obligatione computandi excessum in capitali aut illum excessum restituendi (38).

III. *Ius alienandi* sive totaliter sive partialiter, v. gr. per impositionem alterius pignoris, generatim loquendo retinetur a debitore in rem pignori datam (39). Prohibetur tamen alienari res mobilis subiecta hypothecae speciali, cuius alienatio contra voluntatem creditoris haberetur ut furtum, per eam enim difficilius redditur exercitium actionis pignoratitiae, cum creditor possit ignorare in cuius manus venerit res mobilis alienata (40). Ceterum debitor potest renuntiare iuri alie-

(36) C. 4, 32. de usur. L. 14. 17.; D. 13, 7. de pign. act. L. 33.; D. 20, 1. de pignor. L. 11. § 1.

(37) D. 20, 2. in quib. caus. pign. L. 8.; C. 4, 24. de pign. act. L. 1. 2. 3. 12.

(38) D. 50, 17. de reg. iur. L. 205. Quo casu res transit in tertiam personam cum omni causa seu cum suis oneribus. C. 8, 27. [28.] de distr. pign. L. 12.; C. 8, 25. [26.] de remisso pign. L. 10.; C. 8, 14. de pign. L. 15.

(39) Inst. 4, 1. de oblig. quae ex delict. § 14.; D. 13, 7. de pign. act. L. 22. pr.; D. 47, 2. de furt. L. 19. § 6. L. 66. pr.

(40) D. 20, 5. de distr. pign. L. 7. § 2. Atque hic habetur exceptio principio generali, quod pactum de non alienando non afficiat intrinsece ipsam alienandi potestatem. Cuius exceptionis iuridica ratio est,

nandi seu pacisci cum creditore de non alienando, quo casu alienatio esset invalida nec dominium rei in emptorem transiret (41).

III. Iura creditoris.

(D. 20, 5. de distract. pignor. — C. 8, 28. eod.).

303. I. Creditor, vi obligationis rei servandae ad instar boni patrisfamilias, ius habet ad rei conservationem; pignus enim eatenus existit, quatenus ipsius obiectum servatur. Praecipuum vero ius est ius vendendi rem pignori subiectam (*ius distrahendi*), si tempore statuto solutio non fuerit facta (L. 14. C. h. t.); ad quem finem comparatur *actio vindicatoria utilis Serviana* aut *quasi-Serviana*, qua persequi possit rem prae omnibus creditoribus ius pignoris non habentibus. — Quodsi solutio facta sit suo tempore, per se creditor pignus restituit; potest tamen illud retinere, si aliud creditum ortum fuerit erga eundem debitorem, quamvis nullo pignore munitum (C. 8, 27. [26] *etiam ob chirogr.* L. un.).

II. Prohibitum est pactum *ne pignus distrahatur*, cum tale pactum omnem pene efficaciam auferret iuri pignoris, quod reapse consistit in securitate creditoris rem vendendi et ex pretio satisfactionem obtinendi in casu quo debitor statuto tempore non solverit: quae conventio si intercessit, hanc tantum habet vim, quod creditor rem vendere non possit, nisi post trinam denuntiationem factam debitori, cum ordinarie una sufficiat. (D. 13, 7. de pign. act. L. 4. 5.).

Prohibitum quoque est pactum, quo in defectu solutionis creditor possit rem oppignoratam sibi retinere in compensationem debiti. Quod pactum, antiquitus permissum, dicitur *lex commissoria*; a Constantino autem fuit prohibitum, quia conventio captiosa esse poterat in damnum debitoris, cum

quod hoc pactum esset quasi accessorium pignoris, vis autem pignoris et in accessorium influit. Cfr. *Gasparolo* vol. II. § 181.; *Van Wetter* I. § 270. 2°.

(41) D. h. t. L. 4.; C. h. t. L. 6. 7. 8. 14.; D. 20, 6. quib. mod. pign. L. 5. § 1.

creditor facile exigere posset in pignus rem multo maioris valoris quam creditum (C. 8, 35. [34.] *de pact. pign.* L. 3.). Remoto periculo captionis, potest fieri conventio, quod res sit empti creditori iusto pretio aestimata, quo casu potius habetur emptio venditio sub conditione (D. 21, 1. *de pign.* L. 16. § 9.; C. 8, 14. *eod.* L. 13.).

III. In venditione pignoris haec sunt observanda: 1° Venditio fieri nequit, nisi postquam dies solutionis advenerit et solutio non fuerit facta (42). Quoad tempus et formam quibus fieri debet venditio, standum est partium conventioni: in eius defectu creditor ius habet vendendi, etiam sine auctoritate iudicis (43), sed nonnisi post biennium ab intimatione debitori facta vel ab obtenta contra ipsum sententia condemnatoria (44).

2° In venditione creditor se gerere debet uti bonum patremfamilias, non sibi solum sed etiam debitori consulens (45). In hac re personam sustinet debitoris; proinde, si emptor re agere vult propter evictionem passam aut vitia occulta, in eundem debitorem actionem movere debet (46).

3° Venditio fieri nequit ipsi creditori (L. 10. C. h. t.). In hoc enim casu eadem persona emere et vendere posset; quae conventio procul dubio captiosa esset, quia, ut venditor, maioris, quo fieri potest, rem vendere debet, et, ut emptor, minoris, quo fieri potest, rem emere quaereret. — Simili modo venditio fieri nequit ipsi debitori, nulla enim habetur rei suae emptio (47).

4° Venditionis pretium ita dividi debet, ut primo loco consulatur priori creditori pignoratario; deinde ceteris credi-

(42) C. h. t. L. 4. 9. Hypotheca fisci et pignus iudiciale sub hasta vendenda sunt, C. 4, 44. *de resc. vend.* L. 16.; C. 8, 23. *si in caus. iudic.* L. 2.

(43) C. 8, 34. *de iur. dom. impetr.* L. 3. § 1.

(44) C. h. t. L. 4. 9.; C. 8, 30. *si vend. pign.* L. 4.; D. 13, 7. *de pign. act.* L. 13. § 1. L. 14. L. 22. § 4.

(45) D. 19, 1. *de action. empt. vend.* L. 11. § 16.; D. 21, 2. *de evict.* L. 74. § 1.

(46) D. 13, 7. *de pign. act.* L. 40.

(47) D. 13, 7. *de pign. act.* L. 24. § 2. L. 42.; D. 20, 4. *qui potior.* L. 12. § 5.

toribus ius secundarium habentibus; tandem superfluum, si quid sit, reddatur ipsi debitori (48).

5° Vi iuris pignoris creditor proprietatem rei venditae in emptorem transfert (L. 15. C. h. t.) liberam ab omni hypotheca quae rem gravet, post eam quae causam dedit venditioni (49).

IV. Si nullus emptor rei extiterit, creditor, nova interpellatione debitori facta, potest adire principem et ab eo rei dominium impetrare, praehabita rei aestimatione a magistratu facta: quo dominio impetrato, adhuc debitor conservat per biennium ius aestimationis valorem creditori tradendi suamque rem recipiendi (50).

§ 4. DE SUCCESSIONE SEU SUBROGATIONE IN IUS PIGNORIS.

D. 20, 4. qui potiores in pign. et de his qui... succ.

C. 8, 18. de his qui in prior. cred. loc. succedunt.

304. Successio in ius pignoris datur cum ius pignoris unius ab alio acquiritur. Variis modis habetur.

I. Primus ac praecipuus modus est *solutio* pro debitore creditori pignoratitio facta; habetur autem in his casibus: *a)* cum quis pecuniam mutuo dat debitori, ut possit facere solutionem, atque cum illo convenit de successione in locum istius, deinde solutio ex pecunia mutuo accepta sequatur (51) — *b)* cum quis a debitore *emit rem pignori subiectam*, ad hoc ut debitor satisfaciatur suae obligationi, et simul cum eo convenit de suc-

(48) D. h. t. L. 3. pr.; C. 8, 20. si aut. cred. L. 1.; C. 4, 10. de obl. et act. L. 6. 7.

(49) C. 8, 34. de iur. dom. impetr. L. 3.; D. 41, 1. de acqu. rer. dom. L. 63. § 4.

(50) Arg. D. 20, 3. quae res pign. L. 3.; C. h. t. L. 1. Necesse non est ut creditor consentiat successioni in ius pignoris.

(51) Arg. C. h. t. L. 1.; C. h. t. L. 3. Contra generalem regulam emptor acquirit hypothecam supra propriam rem; quae tamen est potius ficta et inservit, ut emptorem securum reddat de emptione facta, nam si non succederet in ius prioris creditoris pignoratarii, posset evinci ab alio subsequente creditore pignoratario, qui ius haberet et ipse ad solutionem (cfr. D. 20, 4. qui potiores L. 17.). Cum per conventionem emptor ingreditur in prioris creditoris locum et proinde sit prior ordine, quicumque alius subsequens creditor agere in ipsum non potest.

cessionem in ius, quod habebat creditor cui solutio facta est (52) — c) cum quis bona fide emit rem pignori subiectam in favorem alterius; deinde evincatur ab hoc altero et ad hanc evictionem vitandam solvat eidem quod debetur, simulque exigit sui iuris cessionem (L. 19. D. h. t.) — d) peculiaris modus succedendi in ius pignoris habetur in casu, quo qui secundo loco creditor pignoratius est, solvat alteri qui creditor est primo loco, de quo paragrapho sequenti.

II. Praeter enumeratos casus, in quibus successio in locum alterius innititur solutione facta ipsi creditori sive directe sive indirecte, habentur alii casus successionis: a) cum quis quocumque titulo obtineat a creditore sui iuris cessionem (D. 18, 4. *de haered. vel actione vendita* L. 6) — b) cum ipse creditor pignoratitius *novationem* cum eodem debitore faciat proprii crediti, simulque conveniat quod ius veteris pignoris in novum creditum transeat. Creditor hypothecarius quodammodo sibi ipsi in casu succedit; quae successio quoad subiectum non est vera, sed potius se tenet quoad obiecta, cum idem creditor de uno in aliud creditum succedat, servato in iure pignoris eodem ordine quem antea habebat.

§ 5. DE ORDINE INTER CREDITORES PIGNORATITIOS.

(D. 20, 4. *qui potiores*. — C. 8, 18. *eod.*).

305. I. Si eodem tempore pignora orta sunt, eiusdem ordinis et valoris iura habentur; quare quilibet creditor pignoratitius pro rata utilitatem percipit, salva speciali conventionem in contrarium. (L. 7. D. h. t.).

II. Si diverso tempore orta sunt pignora, et proinde creditores pignoratitii sunt in diverso ordine constituti, creditor ordinis superioris praecedat in iure pignoris; « *prior tempore, potior iure* » (53). — Ordo temporis quoad pignora potest differre ab ordine temporis quoad credita; quamvis enim ratione originis creditum praecedat pignus, creditor, qui prius in

(52) L. 3. D. h. t. Cfr. *Van Wetter* II. § 516. 518.

(53) L. 4.; L. 2. 6. 7. 8. 12. § 1. C. h. t.; L. 3. pr. 18. D. h. t. (20. 4.); Nov. 91. c. 1.

crediti securitatem pignus obtinuit, generatim praefertur ei qui posterius obtinuit pignus, etsi is creditum habeat antiqius. (L. 12. § 2. D. h. t.).

III. Nonnunquam tamen creditor, qui posterius acquisivit ius pignoris, praelationem habet adversus eum, qui ius antea habuit, vel saltem simul cum ipso concurrat.

1° varii sunt casus, in quibus creditor pignoratitius inferior tempore ceteris praecedat *ex privilegio*:

a) respublica potior est in causa tributorum (54).

b) uxor eiusque haeredes descendentes in causa dotis (L. 12. § 1. 2. C. h. t.; Nov. 91. c. 1.); si non sunt descendentes non habent pignus *privilegiatum*.

c) is, cuius pecunia versa est in veram utilitatem rei pignori subiectae D. h. t. L. 5. 9.

d) is, cuius pignoris constitutio solemniter facta est, sc. per actum publicum aut per praesentiam trium testium (L. 11. C. h. t.).

2° In casu pignorum generalium *concurrere* possunt creditores diversi ordinis: nam pignora generalia etiam non eodem tempore constituta, quoad res in universitatem post alterum pignus illatas, in eodem ordine censentur (L. 7. § 1. h. t. D.). In concursu vero semper praefertur qui possidet; quodsi neuter possidet, pro rata crediti unusquisque concurrat. (D. 20, 1. *de pignoribus* L. 10. L. 16. § 8.).

306. Scholion. *De iure offerendi et succedendi.* Communis est sententia (55), quod unusquisque creditor pignoratitius, quicumque demum sit ordo temporis in iure pignoris quod sibi competit, possit, legitimo tempore et modo, rem vendere, et de pretio obtento solutionem accipere prae omnibus creditoribus chirographariis (L. 12. pr. h. t. D.). Iam vero haec venditio nullam vim habet respectu creditoris pignoratitii

(54) C. 4, 26. si propt. publ. pensit. L. 1. Quoad alias obligationes fiscus habet quidem pignus legale et privilegiatum, sed hoc tantum sensu, quod privilegium vim habeat in concursu cum aliis creditoribus, non autem quoad antiquiores. Cfr. D. h. t. L. 8.; D. 49, 14. de iure fisci L. 22. § 1.

(55) Cfr. *Van Wetter* I. 273.; *Gasparolo* III. § 193.

ordinis superioris, qui non solum retinet proprium ius pignoris circa rem venditam, sed etiam agere potest contra posteriorem creditorem, qui vendidit. (L. 12. cit.). Venditori autem unicum superest remedium, ut creditori superiori solutionem offerat et in eiusdem ordinem iuris succedat. (L. 1. C. h. t.). Hoc est quod appellatur *ius offerendi et succedendi*. (L. 4. C. h. t.).

§ 6. DE IURIS PIGNORIS TUTIONE.

307. Praeter interdicta possessoria ad tutelam possessionis, si quam habet creditor pignoratitius, ex pignore oritur *actio in rem pignoratitia* sive *hypothecaria* et interdictum *Salvianum*.

I. Actio in rem pignoratitia.

308. a) *Actio pignoratitia* est actio in rem creditori competens, cuius favore constitutum est pignus, adversus detentorem rei quae pignori subiicitur, ad hoc ut ius suum legitimo tempore recognoscatur et rem obtineat. (*Actio Serviana* vel *quasi Serviana*).

Actor est creditor hypothecarius, qui non est in possessione rei pignori subiectae, et cuius creditum exigere potest. (Arg. D. 20, 6. *quib. mod. pign. solv.* L. 5. § 1.).

Reus est possessor seu detentor rei, quemadmodum accidit in actione rei vindicatoria. L. 16. § 3. h. t. (20, 1.).

Probari debet ab actore fundamentum suae actionis, videlicet, existentia crediti, hypothecae (56) et quod creditum iam exigere potest. Probatio hypothecae importat probationem obligationis principalis (C. 4, 24. *de pign. act.* L. 10.), modi legitimi acquisitionis hypothecae et proprietatis illam constituentis (57).

Si actor in iudicio vincit, obtinet recognitionem pignoris circa rem petitam et iubetur aut crediti solutio aut rei remissio; interdum etiam potest intercedere condemnatio in id quod interest erga ipsum actorem propter damnum quod

(56) D. 22, 3. *de probat.* L. 23.

(57) Cit. L. 23. D. 22, 3. *de prob.*

passus est. In remissione rei veniunt etiam accessoria et praesertim fructus, qui pariter pignoris iure percelluntur, nisi valor rei ad actoris satisfactionem iam per se sufficiat. (L. 16. § 4. D. h. t. 20, 1.).

b) *Exceptiones contra actionem pignoratitiam*. Actio in rem pignoratitia quandoque repelli potest exceptionibus — ad exemplum exceptionum quibus repellitur actio rei vindicatoria. Sunt autem exceptiones:

1^o Exceptio *praescriptionis*. Haec actio, sicut generatim ceterae actiones, praescribitur spatio 30. annorum contra tertium possessorem; contra ipsum debitorem eiusque haeredes et contra creditores posteriores spatio 40. annorum (58). Hic autem habetur aliqua iuris anomalia, nam cum creditum 30. annis praescribatur, actio hypothecaria adhuc subsistat 10. annis post extinctam obligationem principalem (59).

2^o Exceptio *excussionis* (*beneficium ordinis vel excussionis*): quae naturam habet vel *realem* vel *personalem*. Exceptio *excussionis realis* datur in eum, cui et generalis et specialis hypotheca est constituta, ad hoc ut primo loco teneatur excutere rem quae speciali hypothecae fuerat subiecta, seu illam vendere ad satisfactionem crediti: nam ex intentione partium, cum creditori constituta est hypotheca generalis et specialis, illa generalis habet characterem subsidiarium pro casu insufficientiae hypothecae specialis (60). — Exceptio *excussionis personalis* datur in eum, qui agit adversus detentorem rei sub pignore, ad hoc ut primo loco agat in personam debitoris eiusve haeredis ac fideiussoris; quia obligatio personalis est strictior quam illa, quae resultat ex simplici detentione rei (Nov. 4. c. 1. 2.).

3^o Exceptio *cedendarum actionum*, quae competit ei, qui ex iusta causa ac bona fide possidet pignus, adversus eum qui agit, ut actionibus suis cedat, quas habet in debitorem

(58) C. 7, 39. de prescr. 30. ann. L. 7. § 1. 2.

(59) Id romani explicabant dicendo, quod *remanet obligatio naturalis propter pignus*. cfr. D. 36, 1. ad SC. Treb. L. 59. pr.

(60) C. 8, 28. de distr. pign. L. 9.

principalem, offerendo ipsi solutionem crediti; quam subrogationem tenetur facere, secus repellitur illa exceptione seu *beneficio cedendarum actionum* (61).

4^o Exceptio *gradus*, competit illi, qui convenitur a creditore posito in gradu inferiori, sive reus conventus sit vera creditor pignoratarius ordinis superioris, sive gradum emerit a creditore ordinis superioris (62).

5^o Praeterea detentor rei in bona fide ius habet retentionis, si quos sumptus in eius utilitatem impendit; nec aliter cogendus est rem restituere creditori pignoratitio, nisi receperit omne id quo pretiosior res evaserit.

II. Interdictum Salvianum.

D. 43, 33. de Salviano interd. — C. 8, 9. de prec. et Salv. interd.

309. Interdictum Salvianum est actio possessoria, quae competit domino fundi rustici, relate ad res invectas et illatas in fundum, quas colonus pro mercedibus pignori futuras pepigisset (63).

Videtur fuisse solum medium possessorium; quare actor solum debuit probare duplex factum, conventionis de hypotheca et importationis seu illationis rei in fundum, nec requirebatur ut probaret colonum rerum illatarum esse dominum. Inde etiam pars in iudicio succumbens, non prohibebatur, quominus deinde ageret in petitorio (Arg. D. h. t. L. 2.). — Non videtur fuisse extensum ad alias res, nec domino fundi competere contra tertium detentorem. De hoc tamen interdicto multae sunt controversiae.

(61) D. 20, 4. qui potiores L. 19. Cfr. *Van Wetter* I. § 274. 5^o.

(62) D. 20, 4. qui potiores L. 12. pr. et § 7. L. 14.; C. 4, 10. de oblig. et act. L. 6. 7.; C. 8, 18. qui potior. L. 6.

(63) En verba edicti: « Si is homo quo de agitur est ex iis rebus de quibus inter te et illum convenit, ut quae in fundum illius invecta, illata, importata, ibi nata, factave essent, ea pignori illi pro mercede eius fundi essent, neque ea merces illi soluta, eove nomine satisfactum est, aut per illum stat quominus solvatur, ita quominus illi eum hominem inde abducere liceat, vim fieri veto ». *Rudorff*, Edict. perp. p. 209.

§ 7. DE IURIS PIGNORIS EXTINCTIONE.

D. 20, 6. quib. modis pign. vel hypoth. solv.

C. 8, 31. de tuitione pignoris.

310. Ius pignoris variis causis extinguí potest :

1° *Extincta obligatione principali*, cum qua pariter extinguitur *accessoria* obligatio pignoris (64), modo illa extinctio sit completa; quamdiu enim aliqua pars debiti subsistit, permanet integre pignus quod est indivisibile (65). Perseverat quoque pignus cum extinguitur obligatio *civilis* manente obligatione *naturali*, v. gr. in casu praescriptionis debiti, quod praescribitur 30. annis manente actione hypothecaria, quae non praescribitur nisi annis quadraginta (66).

2° *Venditione rei* a creditore servatis servandis facta, per quam non solum in alienante sed etiam in creditoribus posterioribus ius pignoris extinguitur (67).

3° *Remissione pignoris* a creditore facta sive per actum inter vivos sive per actus ultimae voluntatis (68): quae remissio etiam tacite fieri potest v. gr. si creditor rem oppignoratam restituat vel titulos pignoris, vel permittit eam alienari sine reservatione sui iuris aut in alterius favorem oppignorari, excepto casu quo solum concedatur alteri prioritas in iure pignoris (69).

4° *Destructione* completa rei oppignorate; si completa non est, pignus subsistit (70). In casu *specificationis* extingui-

(64) D. 46, 3. de solution. L. 43.

(65) C. 8, 28. de distract. pignoris L. 6.

(66) D. 20, 1. de pignor. L. 14. § 1.; Arg. L. 2. C. h. t.

(67) C. 8, 20. si antiquior credit. pign. vend. L. 1.; C. 4, 10. de oblig. et act. L. 6. 7.

(68) D. 13, 7. de pign. act. L. 9. § 3.; D. h. t. L. 7. § 2. L. 8. § 1-5.; C. 8, 26. de remiss. pign. L. 2.

(69) C. 8, 26. de remissione pign. L. 2. 7.; D. h. t. L. 4. § 1. L. 8. § 6-15. L. 9. § 1. L. 11. 12. pr.

(70) D. h. t. L. 8. pr.; D. 20, 1. de pign. L. 29. § 2.; D. 13, 7. de pign. act. L. 21.

tur, si res in pristinum statum reduci nequeat (D. 13, 7. L. 18. § 3.).

5° Adveniente *termino* intra quem fuit restrictum et verificata *condizione resolutoria* (L. 6. pr. D. h. t.).

6° *Praescriptione*; ut tamen ius pignoris extinguatur non sufficit simplex non usus ex parte creditoris (quo non usu sola actio hypothecaria extinguitur), nec sufficit usucapio *proprietatis* rei, sed requiritur usucapio *libertatis* ipsius rei. Requiritur autem ad hoc bona fides in possessore, quod videlicet ignoret ius pignoris rem gravans (71). Quae usucapio libertatis nunquam currit in favorem ipsius debitoris eiusque haeredum, sed tantum in favorem tertiae personae rem pignori subiectam acquirentis (C. 7, 36. *si adv. credit.* L. 1. 2.).

7° *Confusione* subiecti pignorantis cum subiecto pignoratorio, si v. gr. pignoratarius succedit in ius domini pignorantis et efficitur dominus rei sibi pignori traditae (72). Cum tamen plures hypothecae supra eandem rem existunt, qui rem acquisivit et solvit eius pretium uni aut duobus creditoribus pignus in eadem re habentibus, in locum ipsorum subrogatur, unde aliqua ratione in rem propriam pignus acquirit (73).

(71) Quare si ego bona fide 10. annis possideo domum Titii, quam scio subiectam esse hypothecae favore Caii, proprietatem domus per usucapionem acquirō, non autem domus libertatem ab hypotheca, quia deficit mihi bona fides, quam profecto in eodem casu habeo si hypothecam ignorem. D. 44, 3. de div. temp. praeser. L. 5. § 1. L. 12.; C. 4, 10. de oblig. et act. L. 7. 14.

(72) D. 13, 7. de pign. act. L. 29.; D. 41, 3. de usurp. L. 33. § 5.; D. 44, 2. de except. rei iudic. L. 30. § 1. i. f.; D. 50, 17. de R. I. L. 45.

(73) D. 20, 4. qui potiores L. 17.; D. 20, 5. de distr. pignor. L. 3. § 1.; C. 8, 19. de his qui in prior. L. 3.

LIBER IV.

DE IURE FAMILIAE

Praenotiones.

311. Sub nomine iuris familiae comprehenduntur ius matrimonii, ius patriae potestatis, ius tutelae. Porro iura familiae in genere duplicem habent respectum, alterum personalem seu dependentiae, alterum patrimonialem, cum plura iura patrimonialia cohaereant cum iure familiae aut ab eo dependeant, semper autem prior respectus personalis est in hac re fundamentalis et praecipuus.

Centrum externum familiae est *domus*, quae includit patremfamilias, uxorem et liberos: « *paterfamilias*, ait Ulpianus, appellatur, qui in domo dominium habet ». L. 195. § 2. D. de V. S. 50, 16. Nomen autem *familia* varias habet significationes; praecipue vero significat complexum personarum, quae coniunguntur vinculo *iuridico* agnationis; vel complexum personarum, quae inter se coniunguntur vinculo *naturali* cognationis(1). Fundamentum familiae est matrimonium.

312. Sub respectu ad statum familiae homines liberi et cives romani distinguebantur in homines *sui iuris* et *alieni iuris*, prout haberent independentiam domesticam vel ea carerent(2).

(1) D. 50, 16. de V. S. L. 195. 196. Aliae significationes, quae ex citatis fragmentis deducuntur sunt: complexus personarum quae sunt sub patria potestate alicuius patrisfamilias; complexus bonorum quae sunt in proprietate patrisfamilias vivi et eiusdem mortui haereditatem constituunt; complexus servorum qui subduntur potestati dominicae patrisfamilias.

(2) *Gaius* D. 1, 6. de his qui sui vel alieni iur. L. 1. « De iure personarum alia divisio sequitur, quod quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt ». — *Gaius* cit. tit. L. 3. « Item in

Illa independentia domestica, qua quis sui iuris est, habetur in hoc, quod quis non subiiciatur uni ex illis potestatibus iuris privati, quae inducunt propriae voluntatis dependentiam ab alio. Hae potestates iure antiquo fuerunt *mancipium*, *manus*, *patria potestas*. « *Earum personarum quae alieno iuri subiectae sunt* (ait Gaius I. 49.), *aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt* ». Sub manu erat uxor; sub potestate filii et servi; sub mancipio homines liberi mancipati.

313. *Mancipium* erat potestas iuridica iuris privati, quam paterfamilias acquirebat in hominem liberum per *mancipationem* ab eo factam, qui illum sub potestate habebat. — Quae *mancipatio* haud raro habebat characterem mere momentaneum ad obtinendum determinatum scopum, quo obtento, non amplius quis manebat subiectus mancipio; id accidebat in mancipatione, quae inserviebat ad obtinendam emancipationem vel adoptionem aut ad solvendam *manum* quae erat constituta *fiduciae causa* (Gaius I. 114.). — Nonnunquam vero illa mancipatio erat vera et cum effectu subiectionis ad mancipium, v. gr. cum paterfamilias filiumfamilias vel uxorem dabat in reparationem damni ab ipsis illati ex delicto, *noxae dare* (Gaius I. 117. 118. 141.).

In hoc altero casu mancipium erat vera potestas fere sicut in servum; sic enim mancipatus dicebatur *loco servi esse*, debebat emptori velut servus servitia praestare, nihil poterat possidere proprium, quidquid acquireret ad emptorem pertinebat. Mancipium, sicut servitus, solvebatur per manumissionem, quae manumittenti pariter dabat qualitatem patroni (Gaius I. 123. 134. 138. 166., II. 86. 90., III. 163.).

potestate sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreavimus; quod ius proprium civium romanorum est ». — *Ulpianus* cit. tit. L. 4. « Nam civium romanorum quidam sunt patresfamiliarum, alii filiifamiliarum; quaedam matresfamiliarum, quaedam filiae familiarum: patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis sive puberes sive impuberes; filii familiarum et filiae, quae sunt in aliena potestate: nam qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est: item qui ex filio meo et uxore eius nascitur, id est nepos meus et neptis, aequè in mea sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri ».

Mancipium vero non auferebat libertatem: unde non inducebat *maximam* sed *minimam capitis diminutionem*; vera proprietas mancipii non habebatur, unde manumissioni mancipii non poterat applicari annullatio manumissionis servi factae in fraudem creditoris; mancipium non solvebat matrimonium eius qui in mancipium venisset, eius filii iam nati vel concepti veniebant sub patriam potestatem avi, postea nati erant in conditione incerta (*in pendenti*), nam fiebant *sui iuris*, si pater in mancipio moreretur, sub eius potestatem patriam iterum veniebant, si manumitteretur (*Gaius* I. 135. 139. 162.; *Paulus* V. 1. § 1.).

314. *Manus* est specialis potestas quam acquirebat maritus in uxorem vel per matrimonium cum speciali requisito celebratum (*confarreatio, coemptio*) vel per factum subsequens matrimonium (*usus*) (3). *Manus* erat potestas similis patriae potestati, unde mulier sub respectu dependentiae habebatur quasi filia proprii mariti, in cuius manum venerat (*loco filiae*) et consequenter suorum bonorum proprietatem amittebat in favorem mariti et proprii mariti agnationem acquirebat ita ut iuridice consideraretur tamquam soror priorum filiorum (*Gaius* I. 111. 114., II. 139. 159., III. 14. 82.).

315. *Potestas* patria erat complexus iurium quae patrifamilias competebant in filios legitimos et in descendentes per lineam masculinam seu a filiis masculis procreatos (4) et consequens subiectio horum erga patremfamilias: de quibus iuribus agetur infra cap. 2.

Iure Iustiniano disparuit *manus*; *mancipium* vero solum in raro casu locum habere potuit, quo pater ob extremam

(3) Ab hac potestate *manus*, quae ex matrimonio orta durabat toto tempore matrimonii (*manus matrimonii causa*), est distinguenda *manus fiducia causa* seu potestas transiens per *coemptionem* constituta in muliere *sui iuris* in favorem mariti vel tertiae personae (*coemptionator*) in ordine ad obtinendum determinatum effectum iuridicum v. gr. substitutionem unius tutoris pro altero. *Gaius* I. 115.

(4) Descendentes a filia pertinebant ad familiam paternam et consequenter non erant filiifamilias avi materni. Inst. 1, 9. de patr. pot. § 3.; D. 50, 16. de verb. sign. L. 196. § 1.

miseriam filium neonatum venderet. Sed in pleno vigore mansit *patria potestas* patrifamilias in filiosfamilias competens, ita ut persona *alieni iuris* et *filiusfamilias* pro synonymis habeantur.

CAPUT I.

DE MATRIMONIO

Inst. 1, 10. de nuptiis. — D. 23, 2. de ritu nuptiar.

C. 5, 4. de nuptiis.

§ 1. NOTIO ET HISTORIA MATRIMONII APUD ROMANOS.

316. In Iustiniani *Inst. 1, 9. de patr. potest.* § 1. matrimonium definitur « *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vitae continens* ». — Modestinus vero *D. h. t. L. 1. « Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio »*. Quibus in definitionibus potius consideratur vinculum quo coniuges iunguntur (1); sed nihilominus agnoscebant romani matrimonium per consensum contrahi, ait enim Ulpianus « *Nuptias non concubitus, sed consensus facit* ». *L. 30. D. 50, 17. de R. I.* — *Individua* dum dicitur coniunctio, videtur satis aperte indicari indissolubilitas, cuius non expresse meminit definitio Modestini, forte quia huius iuriconsulti tempore facillime dissolvebatur matrimonium; sed potius insistit in intima unione (*consortium omnis vitae*); quam intimam unionem bene designat antiqua formula matrimonialis romana: « *ubi tu Caius, ego Caia* », cuius Plutar-

(1) Differunt duae definitiones in eo quod prima non indicat communionem ordinis religiosi inter coniuges (*communio sacrorum*), forte quia respicit tempus quo iam *sacra familiaria* disparuerant. Quodsi neutra definitio mentionem facit de filiorum procreatione, non ideo creditum romanos non agnovisse illam procreationem tamquam praecipuum matrimonii finem; quin potius contrarium probat character, quo matrimonium designare solebant, expressus illa formula « *uxorem liberorum quaerendorum causa habere* ». Cfr. Callistratum in *L. 220. § 3. D. 50, 16. de V. S.*

cus (Quaestion. romanar. cap. 30.) hanc dat explicationem: « Cur sponsam introducentes dicere iubent, *ubi tu Caius, ego Caia?* An quia hac conditione pacta intrat, *ut particeps omnium rerum et gubernandae familiae sit?* Itaque haec verba id significant, *ubi tu dominus eris et paterfamilias, ego domina ero et materfamilias* ».

317. Distinguebatur matrimonium *cum manu* et *sine manu* (solemne, liberum). Quae distinctio erat in effectum acquirendi vel non potestatem in uxorem et dependebat a forma speciali celebrationis matrimoni: nam acquirebatur *manus* per *confarreationem*, per *coëmptionem*, per *usum*.

Confarreatio erat forma sollemnis et sacra et substantialiter consistebat in sacrificio *panis farrei* Iovi facto coram Pontifice Maximo et *flamine diali* ac in praesentia decem testium cum pronuntiatione certorum verborum sollemnium: nupturientes velatis capitibus sedebant in duabus sellis unitis superposita pelle ovili ovis sacrificatae (2). Cum dissolutione antiquae constitutionis patritiae hoc matrimonium, quod forte sub initiis Romae fuerat unicum, paulatim antiquum momentum amisit; nam ad plebeios non videtur pertinuisse: sed *rex sacrorum* et magni flamines seu sacerdotes patritii debebant esse nati ex nuptiis confarreatis ac matrimonium celebrasse per *confarreationem*. Iam vero tempore Tiberii vix

(2) *Gaius* I. 112. « Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Iovi farreo fit: in quo farreus panis adhibetur, unde etiam *confarreatio* dicitur; complura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis, praesentibus decem testibus, aguntur et fiunt; quod ius etiam nostris temporibus in usu est; nam flamines maiores, id est Diales, Martiales, Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur; ac ne ipsi quidem sine *confarreatione* sacerdotium habere possunt ». — *Servius* in Virg. Georg. I. 31. « Tribus modis nuptiae fiebant... farre, cum per pontificem maximum et Dialem flaminem per frugem et molam salsam coniungebantur, ex quibus nuptiis patrimi et matrimi nascebantur ». — Id. *Servius* in Aeneid. IV. 374. « Mos apud veteres fuit Flamini atque Flaminicae, ut per *farreationem* ad nuptias venirent, sellas duas iugatas ovili pelle superiniecta poni et ibi nubentes velatis capitibus in *confarreatione* residerent ».

tres patritii ex talibus nuptiis reperti ex quibus assumeretur flamen Iovis: et Gaius illud matrimonium saltem magna ex parte desuetudine abrogatum exhibet.

Coëmptio, ut ipsum nomen indicat, erat cerimonia consistens in symbolica venditione seu mancipatione sponsae. In praesentia *libripendis* et quinque testium sponsus libram aere percutiebat (*randusculo*), quam aeris monetam iis tradebat sub quorum potestate erat sponsa, puta patri vel tutori. Inde sponsus sponsam verbis solemnibus interpellabat et vicissim sponsa sponsum (3). Quae verba solemnia ut referuntur a Boëtio in Ciceronis Topica haec dicuntur fuisse: « An sibi mulier materfamilias esse vellet » et sponsa respondebat « velle »; et vicissim sponsa ad sponsum: « an vir sibi paterfamilias esse vellet » et vir respondebat « velle » (cfr. *Trinonium*. De formulis pag. 306). Alii tamen notant a Cicerone pro Mur. 12. 27. potius ad coëmptionem referri illam formulam: « ubi tu Caius, ego Caia ».

Matrimonium per coëmptionem adhuc initio imperii vigenz exhibetur atque adeo etiam tempore *Gaii*. Sed iam a fine reipublicae desciverat a primitivo fine et celebrabatur in finem a lege prorsus alienum; videlicet: 1° *interimendorum sacrorum causa* seu ad liberandam feminam e cultus domestici cura, de quo fine iam meminit Cicero pro Muren. 12. 27. (4); 2° *testamenti faciendi gratia*, cum ante Hadrianum mulier manens in originaria familia non posset testari (*Gaius* I. 115.); 3° *tutelae evitandae gratia*, seu ad permittendam mulieri mutationem tutoris subtrahendo se a legitima tutela agnatorum (5).

(3) *Gaius* I. 113. « Coëmptione in manum conveniunt per mancipationem, id est per quamdam imaginariam venditionem, nam adhibitis non minus quam quinque testibus civibus romanis puberibus, item libripende, emit is mulierem, cuius in manum convenit ».

(4) Videlicet mulier sui iuris volens se liberare a cultu domestico nubebat seni, ad quem *conventio in manum* transferebat bona sed non sacra, a quo cito mortuo tamquam haeres iterum bona obtinebat.

(5) Quare illa acquisitio manus in memoratis casibus erat dumtaxat pro formula. Videlicet tutela legitima agnatorum poterat esse mulieri

Usus erat forma aliis posterior, sed certe antiquior legislatione decemvirali. — Sicut relate ad iura realia, simul cum *mancipatione* admissa fuit usucapio rerum mobilium per possessionem continuatam spatio unius anni; ita tributū sunt effectus coëmptionis in ordine ad acquirendam manum continuatae cohabitationi cum marito per integrum annum (6). Haec etiam forma, quae communis patritiis et plebeis fuerat, deinde disparuit.

318. Tres memoratae formae matrimonii specialem marito in uxorem tribuebant potestatem, quae dicta est *manus* et similis est potestati patriae (*Gaius* II. 86.). Mulier habebatur a marito *filiae loco*; si maritus erat filiusfamilias, subiiciebatur patrifamilias *neptis loco*. Maritus habebat in uxorem iurisdictionem criminalem adsistentibus uxoris propinquis, quae fuit extensa vel ad ipsam poenam mortis. Relate ad antiquam familiam mulier subibat minimam capitis diminutionem, qua amittebat qualitatem agnatae; quodsi esset *sui iuris*, inducebatur successio universalis in favorem mariti (*Gaius* I. 162. 163., III. 83. 84., II. 139. 159., III. 14. 24.; *Ulpianus* XXII. 14.).

Haec extraordinaria potestas in *manu* contenta lapsu temporis paulatim imminuta in praxi et mitigata est, ita ut tandem plena daretur oppositio inter antiquam theoriam et mores

ingrata et praeterea dum sub illa tutela erat non poterat testari etiam ex auctoritate tutorum agnatorum; conveniens in manum subibat capitis diminutionem per quam exibat e familia agnatitia (*Gaius* I. 162.) et inde liberabatur a sacris familiae et a tutela agnatorum. Acquirens manuum (*coëmptionator*) tenebatur illam emancipare remancipando eam illi quem mulier tutorem habere volebat, rursus hic eam emancipabat sicque fiebat eius tutor *fiduciarius*. Satis apparet ex dictis huiusmodi conventionem in manum potuisse fieri vel cum marito vel cum extraneo, matrimonii vel fiduciae causa. Cfr. *Gaium* I. 114. 115. 137.

(6) *Gaius* I. 111. « Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat: quae enim veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum obtinebat: itaque lege XII tabularum cautum erat, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinotio abesset atque ita usum cuiusque anni interromperet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum ».

societatis romanae simul cum incremento matrimoniorum liberorum seu sine manu. Tam in matrimoniis per *usum* facta fuerat transitio ad matrimonia libera; nam cum *manus* immediate acquireretur per ipsam *confarreationem* vel *coemptio-nem* et ita acquisita non dissolveretur nisi per *diffarreationem* in primo casu et per *remancipationem* in secundo (7), in matrimonio sine illis formis contracto mulier poterat facile impedire conventionem in manum interrompendo usum per absentiam a domo maritali tribus continuis noctibus factam (*trinoctii usurpatio*) (8).

Sed usus et coemptio primis saeculis imperii omnino evanescent; ut dent locum formae liberae matrimonii sine solemnitate et sine manu, quam nobis exhibet ius Iustinianicum; in quo mulier manebat sub patria potestate proprii parentis vel sub tutela tutoris, conservabat proprium patrimonium et quod postea acquireret; cum maritus proprietatem dotis obtinebat, saepe erat obligatus ad restitutionem in casu separationis vel mortis.

319. Distinguebatur matrimonium *iuris civilis* (*iustae nuptiae*) et matrimonium *iuris gentium* (matrimonium naturale). Ut matrimonium esset legitimum (*iustae nuptiae*) requirebatur capacitas contrahentium, mutuus consensus et connubium. *Connubium* autem erat ius legitimi matrimonii seu uxoris iure ducendae facultas, quae solum compete-bat iis, qui libertatem et civitatem haberent (9). — Matrimonium *iuris gentium* seu *naturale* erat matrimonium inter personas iure connubii carentes seu inter peregrinos. — Matrimonium iuris civilis « iu-

(7) *Gaius* I. 137. « *Remancipatione* desinunt in manu esse et si ex ea mancipatione manumissae fuerint, sui iuris efficiuntur ». *Festus* v. *diffarreatio*: « Genus erat sacrificii, quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio; dicta *diffarreatio* quia fiebat farreo libo adhibito ».

(8) *Gaius* I. 137.

(9) Ante legem Canuleiam non erat legitimum matrimonium inter patritios et plebeios. Pariter non erant iustae nuptiae inter cives et latinos vel peregrinos (Inst. de nuptiis I, 10. pr.: *Ulpianus* V. 2.), nisi hi obtinuissent ius connubii (*Gaius* I. 56. 57.); sed solum matrimonium naturale.

stae nuptiae » producebat omnes effectus matrimonii: dabat patriam potestatem in filios, poterat in eo constitui dos, et unusquisque ex coniugibus alteri succedebat ab intestato — *bonorum possessio unde vir et uxor* (10). — Matrimonium *naturale* erat quidem validum et filii ex illo procreati erant legitimi, sed hi non erant sub patria potestate et matris conditionem sequebantur (11); constitutio dotis non erat possibilis, nec erat locus *bonorum possessioni unde vir et uxor* (12).

Iure Iustiniano una dumtaxat adest species matrimonii *sine manu*: omne matrimonium validum producit effectus iuris civilis. Arg. C. 5, 17. *de repud.* L. 1.

§ 2. DE SPONSALIBUS.

D. 23, 1. De sponsalibus. — C. 5, 1. eod.

320. Matrimonium praecedere poterant sponsalia seu contractus de futuro matrimonio celebrando. *Ulpianus* L. 1. h. t. hanc dat definitionem: « *Sponsalia sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum* ». *Florentinus* vero L. 2. eod. « *Spon-*

(10) D 38, 11. unde vir et uxor L. un. pr.

(11) *Gaius* I. 56.; *Ulpianus* X. 3. V. 8.

(12) Inter servos et inter servum et liberum dabatur *contubernium*. *Paulus* II. 19. § 6. « inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest ». Potius tolerabatur et considerabatur ut *factum* sine ulla iuris protectione, quamvis inter personas serviles impedimenta matrimonialia agnoscerentur, quae tamen non erant impedimenta legalia, sicut non erant proprie legales cognationes et affinitates. Illa servorum miserrima conditio quoad matrimonium semper viguit, etiam sub imperio (*Paulus* II. 19, 6.). Ipsi imperatores *Constantinus* et *Iustinianus* servos a matrimonio repulerunt (C. 5, 5. de incest. et inut. nupt. L. 3.; C. Th. 12, 1. L. 6 ; Nov. 117. cap. 6.). Quodsi *Iustinianus* aliquid de rigore remisit, magis visus est defendere libertatem in liberis, quam diminuire servitutem in servis (cfr. *Gasparolo* I. § 31.).

Inter homines liberos sine *affectione maritali* dabatur *concubinatus*; quo nomine initio fuit intellecta illegitima cohabitatio viri matrimonio ligati cum *pellice*; deinde in generali morum corruptione et tendentia ad coelibatum fuit permissus et regulatus per legem *Iuliam de adulteriis* et per legem *Papiam Poppaeam*, qua tamen recognitione factum non est ut *concubinatus* sine *maritali affectione* haberetur pro vero validoque matrimonio. (Cfr. *Gasparolo* I. § 31.).

salia autem dicta sunt a spondendo, nam moris fuit veteribus stipulari et sponderi sibi uxores futuras ». Ex quo textu Florentini apparet sponsalia solita esse celebrari per solemnem stipulationem et sponsionem; quamvis deinde nudus consensus fuit sufficiens (L. 4. pr. et § 1. L. 7. pr. h. t.).

Sponsalia ergo perficiuntur per mutuum consensum (13) inter eos, inter quos matrimonium est iuridice possibile (L. 16. h. t.), quamvis eorum valori non obstant impedimenta matrimonii temporanea, quae nascuntur ex impubertate, ex anno luctus, ex publico officio in provincia exercito, tunc enim promissio matrimonii sese refert ad tempus, quo illa impedimenta iam cessaverint. Requiritur tamen consensus patris vel tutoris (14).

Ex sponsalibus nascitur obligatio contrahendi matrimonium promissum, quae obligatio potius erat naturalis seu moralis quam iuridica, cum nulla daretur actio ad illam exigendam (D. h. t. L. 1.; D. 5, 16. *de repud.* L. 2.). Quod videtur statutum in eum finem ut melius consuleretur libertati matrimonii; unde etiam non fuit admissa, sed potius reprobata tamquam bonis moribus repugnans, *stipulatio poenae* pro casu non adimpletae obligationis (15); permissae tamen sunt *arrahae sponsalitia* in confirmationem sponsalium.

Nihilominus vinculum sponsalitium quoadusque non fuisset dissolutum plures habuit effectus iuridicos; nam: 1° sponsi sub poena infamiae non poterant contrahere alia sponsalia aut aliud matrimonium (16). 2° sponso competit ius vindicandi iniurias sponsae illatas, eique hunc in finem dabatur actio iniuriarum (17). 3° sponsa stricta tenebatur obligatione fide-

(13) D. h. t. L. 8. 11. 13. Nihilominus filiafamilias quae est sub potestate non potest repellere sponsum a patre offertum, nisi sit persona indigna aut turpis. D. h. t. L. 7. § 1. L. 11. L. 12. pr. et § 1. L. 13.

(14) D. h. t. L. 7.; C. 5, 4. *de nupt.* L. 1.

(15) « *Quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta* ». D. 35, 1. *de condit. et demonstr.* L. 71. § 1.; D. 45, 1. *de verb. oblig.* L. 134. pr.

(16) D. 3, 2. *de his qui not. inf.* L. 1. L. 13. § 1.-4.

(17) D. 47, 10. *de iniur.* L. 15. § 24.

litatis (18). 4º sponsi non tenentur deponere in iudicio contra alterum sponsum (19). 5º ex sponsalibus oriebatur honestas publica seu quasi-affinitas (20).

Sponsalia solvebantur: 1º morte unius sponsi. 2º elapso termino aut verificata conditione resolutive forte apposita (21). 3º superveniente impedimento pro matrimonio. 4º mutuo consensu.

Resolutis sponsalibus generatim restitui debet quidquid inter sponso datum vel donatum fuerit (*sponsalitia largitas, muneris sponsalitia*) (22). Quae restitutio non erat debita contrahenti, ex cuius culpa matrimonium non esset secutum, vel quia iniuste renuit contractum implere vel quia dedit alteri parti iustam causam resiliendi. Pariter reddendae sunt arrhae, nisi unus ex sponsis fuerit in culpa, quo casu ipse perdit arrhas datas et debet reddere *duplicatas*, quamvis minor solum obligatur ad *simpulum*. — Si sponsalia morte sponsi fuerint soluta et *intervenerit osculum* sponsa eiusque haeres lucrantur dimidiam partem *munerum acceptorum* (23).

§ 3. REQUISITA AD MATRIMONIUM.

321. Ad validum matrimonium requirebatur *capacitas generandi, consensus coniugum, absentia impedimentorum*.

a) Ex defectu capacitatis arcebantur *castrati*, sed non impotentes (*frigidi, spadones*) nec senes; forte quia impotentia castrati manifesta est, in aliis non est, cuius inde legislator rationem non habuit, attenta praesertim libertate divortii (24).

Requirebatur sufficiens evolutio corporis ad unionem sexualem, quam ius supposebat in maribus anno 14. aetatis, in

(18) D. 48, 5. ad leg. Iul. de adult. L. 13. § 3. 8.; C. h. t. L. 5.

(19) D. 22, 5. de test. L. 5.

(20) D. 23, 2. de ritu nupt. L. 12. § 1.; Inst. 1, 10. de nupt. § 9.

(21) Decursus biennalis temporis sponsam liberam reddebat. Cfr. C. h. t. L. 2.; C. 5, 17. de repud. L. 2.

(22) C. 5, 3. de donat. ante nupt. L. 16.

(23) Cit. L. 16. C. 5, 3.

(24) D. 23, 3. de iure dot. L. 39. § 1.; C. 5, 4. de nupt. L. 27.; C. 5, 17. de repud. L. 10.; Nov. 22. cap. 6.

feminis anno 12.; quare sponsa annis 12. minor non fiebat vera uxor nisi post expletos apud virum 12. annos (25).

322. *b)* Matrimonium efficitur per contractum seu mutuum consensum, verum, non simulatum (26). Nulla tamen requiritur determinata forma consensus exprimendi. Quare ceremoniae quae dicuntur adhiberi solitae, v. gr. *solemnis deductio* sponsae in domum mariti (27), ad valorem non erant requisitae, licet esse possent signum existentis voluntatis seu *maritalis affectionis*.

Consensui coniugum debebat accedere etiam consensus patris vel avi sub cuius patria potestate essent constituti (28). Quodsi is, cuius consensus obtineri debet, consensum neget aut in impossibilitate consensum dandi reperiatur (v. gr. ob demeritiam, imbecillitatem), licentia obtineri potest a magistratu (D. h. t. L. 19.). Praeterea ille consensus non est dandus in forma speciali, sed potest etiam dari tacite (C. h. t. L. 5.). Quin imo posterior ratihabitio confirmat matrimonium iam contractum, licet non habeat effectum retroactivum (29).

Consensu paterno indigent etiam feminae *sui iuris*, si sint *minores*, et in defectu patris indigent consensu tutoris et propinquorum (30).

Consensus contrahentium vitiatur et nullum redditur matrimonium si interveniat error substantialis, qualis est error

(25) D. 23, 2. de ritu nupt. L. 4.; Inst. 1, 10. de nupt. pr.

(26) D. 23, 2. de ritu nupt. L. 30.; D. 23, 1. de sponsal. L. 14. Qui consensus non potest per alium suppleri v. gr. pro amente, qui proinde illud contrahere non potest, quamvis amentia superveniens illud non dissolvat. D. h. t. (23, 2.) L. 16. § 2.; D. 1, 6. de his qui sui. L. 8. pr.

(27) C. 5, 4. de nupt. L. 22. Huic regulae aliquatenus derogavit Iustinianus pro *personis illustribus*, quos voluit non aliter nuptias celebrare, nisi confectis dotalibus instrumentis. Nov. 117. cap. 4.

(28) D. 23, 2. de ritu nupt. L. 2. 3. 18. 35.; Inst. 1, 10. de nupt. pr.; C. 5. 4. eod. L. 7. 12. — *Nepos ex filio* praeter avi etiam patris consensum debuit habere, cum enim lapsu temporis eius filii in ipsius potestatem debeant venire, ille consensus est necessarius, ne fiat ut *ei invito suis haeres agnoscatur*. D. eod. L. 9. pr. L. 16. § 1.

(29) Inst. h. t. pr.; D. 48, 5. ad leg. Iul. L. 12. § 6.

(30) D. 23, 2. de ritu nupt. L. 25.; C. 5, 4. de nuptiis L. 18, 20.

circa *identitatem personae* (Arg. D. h. t. L. 2.), non vero error circa meram *qualitatem*. Metus tamen, etsi gravis, matrimonium non reddebat nullum, sed in casu concedebatur libertas divortii instituendi (31).

323. c) *Impedimenta* matrimonii alia erant *absoluta*, alia duntaxat *relativa*.

Impedimenta absoluta seu relate ad omnes personas erant: servitus (32), matrimonium praeexistens (33). Praeterea vidua non poterat matrimonium contrahere intra annum luctus, quin infamiam incurreret (34). Simili ratione puniebatur, quin tamen declararetur nullum, novum matrimonium ab adultera repudiata contractum (35). Fuerunt etiam impedimentum professio religiosa et ordo sacer (36).

Impedimenta relativa erant: 1° propinquitas inter coniuges, orta *ex cognatione naturali* ex qua prohibebantur nuptiae inter ascendentes et descendentes in infinitum (37). Qui con-

(31) « Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos, non contrahitur: maluisse hoc videtur ». D. h. t. L. 22. Cfr. L. 21. § 4. D. quod met. caus. 4, 2.

(32) Iure tamen Iustiniano erat validum matrimonium hominis liberi cum propria serva, quia tale matrimonium inducebat ipso iure manumissionem. C. 7, 6. de latin. libert. toll. L. un. § 9.; Nov. 22. cap. 9.

(33) Bigamia non solum non erat permissa (D. 24, 2. de divort. et repud. L. 11.; Inst. 1, 10. de nupt. § 6. 7.; Nov. 18. cap. 5.), sed etiam erat punita. C. 5, 5. de incest. nupt. L. 2.; C. 9, 9. ad leg. Iul. de adult. L. 18.

(34) Cuius impedimenti finis erat vitare incertitudinem paternitatis (*turbatio sanguinis*). D. 3, 2. de his qui not. inf. L. 1., 11. § 1.

(35) D. 23, 2. de ritu nupt. L. 26.; D. 48, 5. ad leg. Iul. de adult. L. 29. Quae lex Iulia non solum, comminatis poenis, prohibet adulteram a novis nuptiis, sed etiam quominus maritus eam denuo recipere possit (L. 9. C. eod.); sed adulterium non evasit proprie impedimentum nuptiarum nisi sub Iustiniano, qui nullum declaravit matrimonium. Nov. 134. cap. 12.

(36) C. 1, 3. de episc. et cler. L. 5.; Nov. 5. cap. 8.; Nov. 6. cap. 1. § 7.; Nov. 22. cap. 42.; Nov. 123. cap. 14.

(37) *Gaius* I. 59.; *Ulpianus* V. 6.; Inst. 1, 10. de nupt. § 1.; D. 23, 2. de ritu nupt. L. 8. L. 14. § 2., L. 39. § 1., L. 53. 68.; C. 5, 4. de nupt. L. 17.

traxisset incestum committebat (38) et ultimo supplicio antiquitus afficiebatur, quae poena deinde in lege Iulia de adulteriis fuit mitigata (39).

In linea transversa pariter prohibitae erant nuptiae inter fratres et sorores (40); item inter fratres et sorores patris vel matris et nepotes vel proneptes, (41). — Sed imperante Claudio, qui Agrippinam fratris sui Germanici uxorem ducere cupiebat, permissum fuit quod patronus ducere posset nepotem ex fratre (42), postea etiam nepotem ex sorore (43). Sed SC., quo id fuerat constitutum, abrogato, ad ius vetus regressum est.

Relate ad alios gradus lineae transversae antiquitus inter cognatos usque ad sextum gradum prohibitae fuerunt nuptiae. Sed deinde hoc impedimentum sublatum fuit etiam inter consobrinos (44).

2º Propinquitās orta *ex cognatione legali* seu *adoptione*. Nuptiae consistere non poterant inter adoptantem et filios seu descendentes adoptivos in infinitum (45): quod impedimentum perseverabat etiam soluta adoptione. — In linea vero transversa nuptiae prohibitae erant eodem modo iisdemque gradibus ac in cognatione naturali, sed solum quamdiu constaret adoptio, eaque soluta cessabat impedimentum.

3º *Cognatio mixta* seu *affinitas*. Qua in re primo loco prae oculis habendus est conceptus affinitatis in iure romano. Iam

(38) D. h. t. (23. 2.) L. 68.

(39) *Tacitus*, Ann. VI. 19. XII. 8.; *Quintilianus* VII. 8, 3.; *Paulus* II. 26, 15.; D. 48, 5. ad leg. Iul. L. 38.

(40) *Gaius* I. 61.; *Ulpianus* V. 6.; Inst. 1, 10. de nupt. § 2.; D. 23. 2. de ritu nupt. L. 8. 54.; D. 45, 1. de obligat. L. 35. § 1.; C. 5, 4. de nupt. L. 17.

(41) D. cit. tit. L. 14. § 2. L. 39. pr.; D. 12, 7. de condict. sine caus. L. 5.

(42) *Gaius* I. 62.; *Ulpianus* V. 6. Inst. h. t. § 3. 5.; D. h. t. L. 12. § 4., L. 17. § 2. L. 39. pr. L. 56. 57. § 1.; D. 48, 5. ad leg. Iul. de adult. L. 38. § 1.; C. h. t. (5, 4.) L. 17. Cfr. *Tacitus*, Ann. XII. 5-7.

(43) Cfr. C. 5, 5. de incest. nupt. L. 9.

(44) Inst. 1, 10. de nupt. § 4.; C. 5, 4. eod. L. 19.

(45) *Gaius* I. 61.; Inst. h. t. § 2.; D. h. t. L. 55. § 1.

vero ius romanum affinitatem derivat *ex nuptiis legitimis* rite contractis licet *non consummatis* (46). Ex quo consequebatur, ut affinitas cum solutione matrimonii censeretur soluta. Sed quoniam romani tamquam principium habebant « *in contrahendis matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendus est* » (L. 14. § 2. D. h. t.); item: « *Semper in coniunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit* » (L. 42. pr. D. eod.); ex una parte illa affinitas admissa est in illis coniunctionibus, quae non essent iustae nuptiae v. gr. relate ad servos, qui carebant connubio et iustis nuptiis, imo et in concubinato in quibus etiam nomina, quibus designantur affines fuerunt usurpata (47); ex alia parte propter perseverantem rationem pudoris et honestatis impedimentum ad matrimonium fuit retentum soluto matrimonio, quod erat fundamentum vinculi affinitatis (48). Ratio autem pudoris et honestatis in eo erat, ne quis haberet coniugem eos, qui parentum liberorumque loco sunt.

Ex allegatis nota praecedenti §§ 7. 8. Inst. h. t. constat igitur affinitatem in linea recta ascendenti et descendenti esse impedimentum matrimonii (49). Quae prohibitio in linea recta videtur extendi in infinitum, sicut inter cognatos lineae rectae (50). Illa prohibitio matrimonii inter affines in linea recta

(46) *Modestinus* in D. 38, 10. de grad. aff. L. 4. § 3. « Affines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, *per nuptias* copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit: namque coniungendae affinitatis causa fit *ex nuptiis* ». Cfr. quoque ib. § 8. et Const. Imp. Zenonis relat. L. 8. C. de incest. nupt. 5, 5.

(47) Cfr. L. 14. § 3. D. h. t.; L. 1. § 3. D. de concub. 25, 7.; L. 4. C. de nupt. 5, 4.

(48) § 6. 7. Inst. h. t. ubi expresse dicitur adesse impedimentum soluto matrimonio, et indicatur ratio, quod constante matrimonio cum affinibus matrimonium iniri non posse aliunde constat, cum nemo duas simul uxores habere possit. Cfr. quoque *Gaium* I. 63.

(49) Cfr. quoque L. 4. § 3. sq. D. de gradibus 38, 10.

(50) Sane *Modestinus* L. 4. § 4. D. de grad. 38, 10. explicite commemorat *prosocrum* et *progenerum*, *socerum magnum* et *pronurum* et postea § 7. addit: « Hos itaque inter se, quod affinitatis causa parentum liberorumque loco habentur matrimonio copulari nefas est ». Clarius adhuc *Paulus* L. 14. § 4. D. de ritu nupt. 23, 2.

satis communiter derivatur ex lege *Iulia et Papia Poppaea* (51); ab aliis tamen interpretibus multo antiquior censetur et ad antiquos mores populi Romani iudicatur pertinere, idque apparere videtur ex edicto Diocletiani et Maximiani (in Collat. Leg. Mosaic. et Rom. tit. 6. § 4.) et ex testimonio *Ciceronis* (*Pro Cluentio* cap. 5. 6.).

Praeterea admissum est iure Romano affinitas *secundi generis*, cum fuerit prohibitum matrimonium cum vidua privigni vel cum viduo privignae (52); quae prohibitio repetitur ex publica honestate. Ob eandem rationem erat prohibitum ne vir duceret filiam, quam uxor *post divortium* cum alio marito procreasset; illa filia non censebatur privigna et nihilominus quoad prohibitionem matrimonii privignae aequiparabatur (53).

Relate ad lineam collateralem solum saeculo quarto facta est prohibitio matrimonii cum uxore fratris defuncti et cum sorore uxoris mortuae; quae prohibitio promulgata primum pro imperio Occidentis etiam in imperio Orientis deinde fuit recepta (54).

Ex *affinitate legali* constitutum fuit impedimentum inter ascendentem adoptivum et coniugem descendantis et viceversa (55).

Tandem ex influxu religionis christianae admissum est impedimentum *cognitionis spiritualis* inter patrinum et filiulam baptismo susceptam (C. 5, 4. de nupt. L. 26.) et impedimentum *disparitatis cultus* inter christianos et iudaeos (56).

4^o *Ratione officii*: *Tutores* vel *curatores* sibi vel filiis matrimonio iungere non poterant *pupillam* non desponsatam a patre nec testamento destinatam (57), antequam rationem

(51) Cfr. *Eineccium* ad leg. Iul. et Papiam Popp. lib. II. cap. 17.

(52) D. 23, 2. de rit. nupt. L. 12.

(53) D. h. t. L. 15.; Inst. 1, 10. § 9.

(54) L. 5. 8. 9. C. de incest. nupt. 5, 5.; L. 2. 3. 4. 6. C. Theod. 3, 12.

(55) D. 23, 2. de ritu nupt. L. 14. § 1. et ult.

(56) Const. Imper. Constantini (a. 339.) in L. 6. C. Theod. de iud. 16, 8.; Const. Valentin. Theodos. et Arcadii in L. 6. C. de iud. 1, 9.

(57) D. 23, 2. de ritu nupt. L. 59., 62. pr. et § 2., 64. pr., 67. pr.; D. 48, 5. ad leg. Iul. de adult. L. 7.

reddiderint tutelae et exactus fuerit terminus concessus ad obtinendam restitutionem in integrum ratione minoris aetatis (58). Quae prohibitio fuit extensa ad patrem et ad ceteros descendentes tutoris vel curatoris et ad extraneos tutoris vel curatoris haeredes (59). Qui contra talem prohibitionem egissent percellabantur infamia et poterant de adulterio accusari (60).

Qui *officium* habebat in *provincia* non poterat valide ducere feminam ex eadem provincia vel in ea domicilium habentem; quae prohibitio etiam ad eius filium extendebatur (61). Poterat tamen gerens officium nubere veteri sponsae, vel alteri cuicumque, si ipse ex eadem provincia ortus esset (62). Insuper poterat ibidem filiam suam in matrimonio collocare (63).

Inter *crimina* arcebant perpetuo a matrimonio *raptus* et *adulterium* (64).

(58) D. 23, 2. L. 36.; C. 5, 6. de interd. matr. inter pupill. L. 6. Poterat tamen tutor dare pupillo filiam suam. D. eod. L. 64. § 2. C. eod. L. 5.

(59) D. h. t. L. 59., 64. § 1., 37, 66. § 1., 67. § 4.

(60) D. h. t. L. 66.; C. 5, 6. de interd. matr. L. 7.; D. 48, 5. ad leg. Iul. de adult. L. 7.

(61) D. h. t. L. 38. 57. 63. 65.; D. 34, 9. de his quae ut indign. anfer. L. 2. § 1.; C. 5, 2. si rector prov. L. 1.; C. 5, 4. de nupt. L. 6.; L. 1. C. Th. 3, 6.

(62) D. h. t. L. 38. § 1. L. 65. pr.

(63) D. eod. L. 38, § 2. — Impedimenta, orta ex disparitate inter coniuges quoad conditionem socialem, fuerunt abolita a Iustiniano. Ortum habebant: 1^o ex lege Iulia et Papia, quae prohibebat matrimonium inter senatorum eiusve filium et libertinam (*Ulpianus* I. XIII. XVI, 2.; D. 23, 2. de ritu nupt. L. 44.); iisdem et generatim omnibus personis ingenuis erat prohibitum matrimonium cum personis infamia notatis (*quae artem lubricam fecerint*), et cum meretricibus (*nuptiae indecorae*). 2^o ex SC. Adriani, quod pariter prohibebat nuptias inter senatorem eiusve filium et libertinam (D. 23, 2. L. 16. pr. L. 42. § 1.; D. 24, 1. de donat. inter vir. et uxor. L. 3. § 1.); 3^o ex Const. Constantini, quae sub poena infamiae prohibebat nuptias inter senatores, praefectos vel decemviros et *humiles abiectasve personas*. C. 5, 7. de nat. lib. L. 1.

(64) D. 34, 9. de his quae ut indign. L. 13.; C. 9, 13. de raptu virg. L. un. § 1.; Nov. 134. cap. 13.

324. *Dispensatio et convalidatio.* Cum alia impedimenta haberentur ut iuris naturae vel gentis, alia ut iuris civilis; in posterioribus admissa fuit *dispensatio*, cuius concedendae potestas antiquitus erat penes senatum, deinde eam Imperatores ad se avocarunt (65): in prioribus habebatur *convalidatio* quoad impedimenta temporanea, quae convalidatio ipso iure fiebat, impedimento cessante, si vita extitisset communis. Illa tamen convalidatio fiebat ex novo consensu et solum tempus futurum respiciebat (66). — In impedimento perpetuo, si coniuges essent in mala fide, nuptiae erant irritae: si essent in bona fide, matrimonium habebatur putativum omnesque gignebat effectus, tum quoad ipsos coniuges, tum quoad eorum prolem (67). Si mala fides supervenisset coniuges separari debebant, quia non amplius matrimonium haberi poterat putativum (68).

§ 4. DE EFFECTIBUS MATRIMONII.

325. Plures erant iusti matrimonii effectus. Inter quos numerari debet *patria potestas* et *prohibitio donationis* inter coniuges, de quibus tamen separatis capitibus erit agendum. Pariter effectus matrimonii *solemnis* fuerat *manus* seu potestas maritalis, qui effectus potius ex solemnitate seu forma quam ex matrimonio in se spectato profluebat. — Hic praesertim considerandae relationes personales inter coniuges et coniugum relate ad prolem.

I. Relatio inter coniuges.

326. 1^o *Relationes personales communes*: a) *Ratione societatis coniugal*is ambo sibi invicem adiutorium praestare tenebantur (69); ac proinde in casu indigentiae unius alimenta

(65) D. h. t. L. 31.; D. 3, 2. de his qui not. inf. L. 10. pr.; C. 5, 4. de nupt. L. 23.; C. 5, 5. de incest. nupt. L. 9.; C. 5, 6. de interd. matr. L. 7.; Nov. 139.

(66) D. h. t. L. 4. 27. 65. § 1.; D. 48, 5. ad leg. Iul. de adult. L. 13.; C. 5, 4. de nupt. L. 6. i. f.

(67) D. h. t. L. 57.; C. 5, 5. de incest. nupt. L. 4.

(68) C. 5, 5. de incest. nupt. L. 4.

(69) D. 24, 3. solut. matrim. L. 22. § 7.

ab altero debebantur (70); e converso si unus creditor fuisset, alter fruebatur beneficio *competentiae* (71). — *b*) Ratione *fidelitatis* sanctitatem thori observare debebant; quamvis hac in re disparitas fuit admissa inter maritum et uxorem. Nam simplex adulterium uxoris per se solum causam dabat divortio (Nov. 117. cap. 8. § 2.); in viro autem alia insuper adiuncta requirebantur v. gr. quod concubinam in domum coniugalem induxisset (cit. Nov. 117. cap. 9. § 5.). — *c*) Ratione *reverentiae* alter in alterum actionem famosam instituere non poterat (72); praeterea ab attestazione iudiciali adversus alterum liber erat (73).

2^o *Relationes personales speciales*: *a*) quoad *maritum*, is ius habebat ut uxor ipsum sequeretur quocumque se conferret (74). Quare uxor habebat domicilium mariti (75). Maritus uxoris personam agebat in iudicio, et contra tertias personas, quae eam iniuria affecissent, habebat actionem iniuriarum (76). Praeterea habebat *interdictum de uxore exhibenda et ducenda* adversus illegitimum uxoris detentorem, quod saec. II. sub imperio extensum est adversus socerum, qui in uxorem retinuisset patriam potestatem (77). — *b*) quoad *uxorem*, haec ius habebat ut dignitate et privilegiis mariti frueretur (78).

(70) D. 24, 1. de donat. inter vir. et uxor. L. 21. § 1.; D. 24, 3. solut. matrim. L. 22. § 7. 8.; C. 5, 12. de iure dot. L. 29.

(71) D. 24, 3. soluto matr. L. 12., 14. § 1., 17. § 1. 2.; D. 42, 1. de re iudic. L. 20.; Inst. 4, 6. de actionibus § 37.

(72) Loco actionis famosae concedebatur actio in factum vel restitutio in integrum (C. 5, 12. de iure dot. L. 1. i. f.; C. 5, 21. rer. amotar. L. 2.). Atque haec est ratio cur non proponeretur actio furti, sed *actio rerum amotarum* (C. 5, 21.; C. 6, 2. de furtis L. 22. § 4.; D. 25, 2. de act. rerum amot.). Ad quam actionem rerum amotarum non sola ratio reverentiae conferebat, sed etiam ratio societatis coniugalıs, in qua non reputatur committi verum furtum.

(73) D. 22, 5. de testibus L. 4.

(74) D. 5, 1. de iudic. L. 65.; D. 23, 2. de ritu nupt. L. 5.; C. 10, 39. de incol. L. 9.; C. 12, 1. de dign. L. 13.

(75) D. 50, 1. ad municip. de incolis L. 22. § 1.

(76) *Gaius* III. 221.; *Paulus* V. 4. 3.; D. 47, 10. de iniur. L. 1. § 3. L. 11. § 7.; Inst. 4, 4. de iniur. § 2.

(77) D. 43, 30. de lib. exhib. L. 1. § 5. L. 2.; C. 5, 4. de nupt. L. 11.

(78) C. 10, 39. de munic. et origin. L. 9.; C. 12, 1. de dignit. L. 13.

3^o *Relationes patrimoniales*: a) in matrimonio cum *manu*, quamdiu hoc viguit, patrimonium mulieris transibat in virum et quidquid ipsa acquireret durante matrimonio, marito acquirebatur. (*Gaius* II. 86. 90. 98. III. 83. 163.; *Ulpianus* XIX. 18. 19.). Qui rigor antiqui iuris moribus fuit valde mitigatus. Quae mitigatio facta etiam est quoad uxoris obligationes. Nam si ob *capitis diminutionem*, quam subibat mulier veniens in *manum* mariti, omnia eius debita debebant extingui, statim fuerunt excepta debita, quae procederent ex haereditate, ex delicto vel ex deposito atque etiam respectu horum manebat obligatio *naturalis*; quare si maritus non respondebat pro uxore, praetor creditoribus concedebat actionem *utilem* (*Gaius* III. 84. IV. 38.). — Praeterea si durante matrimonio mulier sese obligasset erga tertias personas aut delictum admisisset, poterant creditores contra ipsam agere atque adeo eius bona vendere, si maritus pro illius obligationibus non respondisset (*Gaius* IV. 80.).

b) in matrimonio libero seu sine *manu*, mulier, quae non esset sub patria potestate, liberam habebat proprietatem et administrationem suorum bonorum, quamvis in nonnullis actibus dependeret a tutore. Erat autem specialis quaedam relatio quoad bona dotalia, de qua inferius erit agendum.

II. Relatio coniugum cum prole.

(D. 25, 3 de agnosc. et alend. liber.).

327. Praeter patriam potestatem, de qua separatim erit agendum, praecipuus effectus matrimonii quoad prolem est paternitas seu *legitimitas prolis*, iuxta principium: *pater is est quem nuptiae demonstrant* (D. 2, 4. de in ius vocando L. 5.).

1^o *Requisita ad legitimitatem*. Necesse erat ut proles nasceretur in septimo mense initi matrimonii vel in decimo mense matrimonii dissoluti; quia gestatio mulieris putabatur posse perducī a septimo mense ad decimum (79). Quodsi ma-

(79) D. 38, 16. de suis et legit. L. 3. § 12.; Arg. D. eod. L. 3. § 11.; D. 1, 5. de statu hom. L. 12.

ritus probasset se vel cum uxore a tempore conceptionis ad nativitatem non concubuisse vel non potuisse concubitum habere, poterat paternitatem repellere. Quae probatio inniti poterat in absentia, in morbo gravi vel in impotentia (80). — Proles, quae ante diem 182. ab inito matrimonio vel post decimum mensem a matrimonio soluto esset nata, iure classico habebatur illegitima, sed iure Iustiniano admissum fuit, quod filius ante septimum mensem, sed in matrimonio natus, legitimus haberetur (C. 5, 27. *de natur. lib.* L. 11.; Nov. 89. cap. 8. § 1.).

2° *Probatio legitimorum natalium* fieri poterat: *a) instrumento publico*. Cum iam tempore reipublicae, praesertim apud principales, mos esset describendi filios natos in registis domesticis, sub initium imperii invaluit mos filios penes acta publica describendi (cfr. L. 8. D. 1, 5. *de statu hom.*); quem morem Marcus Aurelius in legem evexit, imposita obligatione filium denuntiandi infra triginta dies, Romae apud Praefectum aerario, in provinciis apud tabularios (81). Ex tali instrumento plena fiebat probatio paternitatis (82). — *b) instrumento privato* v. gr. declaratione a patre facta in testamento vel in scriptura ab eodem exarata et a tribus testibus subsignata legitimatatem confirmabat (83). — *c) testibus*, si adessent quinque qui de legitimitate deponerent (84).

3° *Actio de partu agnoscendo* erat actio data ad recognitionem legitimae filiationis, et competebat tum filio tum matri et tutori. Erat actio praeiudicialis de statu personae, quae ordinabatur ad petitionem alimentorum vel haereditatis (85).

(80) D. 1, 6. de his qui sui vel alien. iuris sunt L. 6.; D. 38, 16. de suis L. 3. § 12.; C. 5, 27. *de natur. lib.* L. 11.; *Ulpianus* V, 10.

(81) Cfr. Capitol. Marc. Aurel. 9.; D. 22, 3. de probat. et praes. L. 16. 29. § 1. In defectu huius instrumenti publici filius potest invocare continuam possessionem status filii legitimi. Quodsi etiam possessione caret, tunc valent reliquae probationes. C. 5, 4. de nupt. L. 9.

(82) C. 4, 20. de testib. L. 15. § 1.; Nov. 117. cap. 2.

(83) Loc. cit. Cod. et Nov.

(84) 22, 3. de probat. L. 29. pr.; C. 4, 20. de testibus L. 15. § 1.

(85) D. h. t. L. 3. § 1. 2.; D. 37, 10. de Carboniano edicto. L. 3. § 5.; Inst. 4, 6. de act. § 13.

Poterat autem intentari vel durante matrimonio vel eo soluto (D. h. t. L. 3. § 1. 2.). Quodsi matrimonium esset solutum per mortem mariti, et filius, cuius legitima conditio in contestatione erat, nondum pubertatem attigisset, a quaestione de legitimitate erat supersedendum donec ad pubertatem pervenisset, ne de statu periclitaretur antequam se tueri posset; interim vero a praetore obtinebat possessionem bonorum patris defuncti, quae dicebatur *bonorum possessio Carboniana* (86).

4^o *Defensio prolis postumae*. Soluta matrimonio, uxor se praegnantem asserere potuit. Hoc in casu distinctio erat facienda inter matrimonium divortio solutum, et matrimonium solutum morte.

a) si divortio solutum esset matrimonium et uxor se declarasset praegnantem alimenta debebantur matri etiam pro filio. Sed ante omnia debebat moneri maritus (87), qui ius habebat pro rei veritate agnoscenda custodes ventri mittendi, quos mulier recipere tenebatur. Si mulier filium non denuntiasset, vel custodes a marito missos non recepisset, maritus paternitatem iure suo reicere poterat (88); e contra si maritus denuntiatione facta, nec fuerit protestatus nec custodes miserit, non poterat paternitatem denegare (89).

Quodsi potius mariti quam uxoris interesset partum defendere, ne supprimeretur; maritus ius habebat provocandi inspectionem circa mulierem, quae si praegnans verisimiliter inventa esset ventri custodes mittebantur donec res certa appareret (90).

b) Si matrimonium morte mariti solutum erat et mulier se praegnantem declarabat, omnes illi erant monendi, quorum intererat, ad hoc ut inspectio fieret (91) et Praetor ventris no-

(86) D. 37, 10. de Carbon. edict. L. 1. pr. L. 3. § 4. 5.

(87) *Paulus* II. 24, 5.; D. h. t. L. 1. § 1. 3. 5. 9. 13. sq. L. 3. § 1.

(88) D. h. t. L. 1. §§ 6. 13-15.; *Paulus* II. 24, 6.

(89) D. h. t. L. 1. § 15. 16. L. 2. L. 3. pr.

(90) D. 25, 4. de insp. ventre custodiendoque partu L. 1. pr. et § 5. sq.; *Paulus* II. 24, 7.

(91) D. 25, 4. de insp. ventre L. 1. § 10. sq.

mine bonorum possessionem concederet (92) et alia iura quae ex habito filio derivantur v. gr. alimenta (93). In hoc casu constituebatur curator ventris (94).

§ 5. DE DIVORTIIS ET MATRIMONII SOLUTIONE.

(D. 24, 2. de divortiis et repudiis.

C. 5, 17. de repudiis et iudicio de moribus sublato).

328. Licet romani iuris principium esset, matrimonium semel legitime contractum esse per se indissolubile, cum haberetur matrimonium ut consortium omnis vitae, ut coniunctio individuum vitae consuetudinem retinens, de facto tamen in ipsa legislatione fuit admissum divortium ob plurimas causas contra ius naturale et divinum, et in praxi ob morum corruptionem matrimoniorum solutiones per divortia fuerunt frequentissimae tum tempore reipublicae tum subsequenter imperii temporibus.

I. Historia.

329. Cum antiquiori tempore fere universim vigeret matrimonium cum manu, divortium intra certos limites concludebatur et tamquam viri exclusiva praerogativa fuit agnitum ex triplici, ut videtur, causa, videlicet, ex adulterio, ex subtractione clavium, ex veneficio in prole (95). In ea tamen re vir audire debuit consilium compositum ex agnatis, cognatis et amicis (*consilium necessariorum, consilium propinquorum et amicorum*) (96).

(92) D. h. t. L. 1. § 10.; D. 37, 9. de ventre in possess. mittendo et curatore eius L. 1. pr.

(93) D. 37, 9. L. 1. § 19. 20. L. 4. 5.

(94) D. eod. L. 1. § 17. 18. 23. 24. Editio vero infante cessabat bonorum possessio ventris nomine. D. eod. L. 1. § 27.

(95) *Plutar.* Rom. 22.; *Gellius* X. 23.

(96) *Valerius Maximus*, II. 9, 2. V. 8, 3.; VI. 1, 1.; *Tacitus* Ann. XIII. 32.; *Plinius*, Hist. nat. 13. 14. *Dio*. II. 25. Quare eo tempore videtur divortium fuisse consideratum ut ius *patrisfamilias* innixum tamen in causis gravibus. Nihilominus saltem iure classico etiam is, qui in mulierem patriam potestatem retinebat, poterat dissolvere matrimonium et *filiam abducere*. *Paulus*, Sent. V. 6, 15.; *Ulpianus* in L. 1. § 5. D. de lib. exhib. 43, 30.; quae facultas patri tempore *Hermogeniani* iam fuerat sublata; cfr. L. 2. D. eod.

A primis vero reipublicae temporibus divortium apud romanos extitisse est manifestum, cum in ipsa lege decemvirali dentur de ipso peculiares praescriptiones (97). Quare si historici romani de divortio facto a Spurio Carvilio Ruga (a. 234. ante Chr.) locuntur tamquam de primo divortio Romae facto (98), intelligendi sunt de primo divortio facto ob motivum novum in legibus et moribus nondum agnitus, videlicet ob sterilitatem uxoris.

Deinde, praesertim post alterum bellum punicum, morum corruptio ita paulatim excreverat, ut passim viri et mulieres summa impudentia atque arbitraria prorsus ratione vel ob fuitiles omnino causas divortia instituerent (99). Tunc coepit vigere principium, deinde in iurisprudencia classica magis evolutum, quod matrimonium posset libere dirimi, sicut libere per mutuū consensum fuerat initum: dissensu solvebatur, quod consensu coniungebatur; quare divortium bilaterale seu ex mutuo consensu fuit frequentissimum. Immo tamquam inhonestum habitum est pactum ne liceret divertere (100).

Forma divertendi nulla necessario requirebatur in matrimonio *libero* (101), sicut etiam nulla erat praescripta forma in eo ineundo. In moribus tamen erat positum ut certae adhiberentur verborum formulae, v. gr. *tuas res tibi habeto — tuas res tibi agito — quod tuum est teneas tecum — tibi habeas res*

(97) Cfr. Ciceronem, Philip. II. 28. « illam suam suas res sibi habere iussit, ex XII. tabulis causam addidit, claves ademit, foras exegit ». De casu divortii facti a. 307. ante Chr. testis est Valerius Maximus II. 9, 2.

(98) Cfr. Gellium IV. 3.; Dionem XVII. 21.; Valerium Max. II. 1, 4.

(99) Seneca, De benef. III. 16. « Numquid iam ulla repudio erubescit? non consulum numero sed maritorum annos suos computant, et exeunt matrimonii causa, nubunt repudii ».

(100) Cfr. C. 8, 39. de inutil. stipulat. L. 2. Hoc tempore iadicium de moribus videtur esse suffectum consilio domestico.

(101) In matrimonio cum *manu* requirebatur forma solemnis contraria; atque ita in matrimonio per confarreationem erat necessaria *diffarreatio*, in matrimonio per coemptionem vel usum *emancipatio*; licet enim manus non ad matrimonium, sed ad potestatem pertineret; vir non poterat uxorem repudiare, quin dissolveret manum.

tuas, radde meas (102). Interdum etiam ritus externus intercedebat v. gr. materialis mulieris expulsio e domo, vel ei adimebantur claves.

Cum illa morum corruptio in dies cresceret, necessitas exorta fuit legis, qua et divertendi causae probabiles assignarentur et poenis effrenata divortia coercerentur. Exinde ortae leges Iulia et Papia Poppaea (103) et aliae sub imperatoribus usque ad Iustinianum super libidinem divortiorum latae.

Distinguebatur; 1° divortium *bilaterale*, quando ambo coniuges in divortium consensissent; — 2° unilaterale *bona gratia*, quod ex parte unius coniugis sed cum causa provocabatur (104), cuius causae erant sterilitas mulieris, sacerdotium, militia, senectus, morbus (105); 3° unilaterale *colposum*, cui crimen unius coniugis causam dedisset (106). Quae divortia culposa poenis coercebantur, praesertim amissionem lucrorum nuptialium. Et si agebatur de marito antiquitus, praeter notam censoriam (*Gellius* X. 23.), reducebatur tempus ad restituendam dotem; si agebatur de muliere, viro dabatur ius retentionis, supra ipsius dotem (*Ulpianus* VI, 12. 13.). Alias poenas addiderunt Imp. Theodosius et Valentinianus. (Cfr. C. V. 17. *de repudiis*. L. 8. § 4. 5.).

(102) *Gains* in L. 2. § 1. D. h. t. « In repudiis autem i. e. renuntiatione comprobata sunt haec verba: *tuas res habeto*; item haec; *tuas res tibi agito* ». Cfr. quoque Ciceronem, *Phil.* II, 28.

(103) De hac lege. Cfr. egregia commentaria *Heineccii*. Ad Leg. Iul. et Pap. Popp. Duae fuerunt huius legis partes, quarum altera *de maritandis ordinibus, parentum et coniugum praemiis, poenisque coelibum et orborum*, eo spectabat, ut per generationem prolis expleretur numerus civium ob bella civilia valde diminutus; altera pars *de bonis caducis, ereptitiis, vacantibus* agens (*lex caducaria*) ad locupletandum aerarium fuit comparata.

(104) D. 24, 1. de donat. int. vir. et uxor. L. 60. 61. 62.

(105) D. eod. L. 60. § 1. L. 61.; D. 24, 2. de divort. L. 4.; D. 24, 3. soluto matr. L. 22. § 7. Mulier tamen, quae patrono suo nupsisset, non poterat neque bona gratia divertere, nisi patrono consentiente. D. 24, 2. de divort. L. 10. 11. pr.

(106) Crimina haec varia diversis temporibus fuerunt, nec in variis textibus habetur fixa quaedam et omnino determinata enumeratio. Cfr. enumerationem delictorum, quae fit in C. V. 17. *de repudiis* L. 8. et 11. Quodsi ex utraque parte culpa intercessisset, delicta compensabantur. D. 24, 3. soluto matrim. L. 39. 47.

II. Ius iustinianum.

330. Iustinianus materiam divortii pluries ordinavit et aliquatenus cum iure naturali et ecclesiastico concordare studuit, quamvis etiam in hac parte ius Iustinianum longe adhuc distet a praeceptis iuris naturalis et ecclesiastici.

a) Imprimis reiecit divortium bilaterale (107), quod antea admiserat (108) et quod iterum a Iustino II. fuit admissum (109).

Divortium unilaterale *bona gratia* ad duos tantum casus restrinxit, si sc. vir aut uxor monasterium elegerit et si vir impotentiam suam per triennium manifestaverit (110).

Divortium unilaterale culposum admisit in peculiaribus casibus (111).

b) Relate ad poenas divortii culposi, imprimis confirmavit legem Theodosii et Valentiniani, qua statuta fuerat amissio dotis et donationum ante nuptias (112).

In casu, quo neque dos neque donatio ante nuptias intercessisset, coniux culposus amittebat quartam partem propriae substantiae: et si quidem quadringentarum librarum auri vel amplius haberet centum auri libras (circiter 100000 fr.) alteri parti praestaret: sin minus quadringentis libris, tunc praestaret omnino quartam partem, computatione facta purae substantiae. — Graviores poenae erant sancitae pro casu adulterii: nam coniux adulter, praeter amissionem bonorum iam

(107) Nov. 134. cap. 11.

(108) Nov. 22. cap. 4. § 18.

(109) Nov. 140.

(110) Nov. 22. cap. 5. 6.; Nov. 117. c. 12.; C. 5, 17. de repudiis L. 10.

(111) Nov. 117. cap. 8. 9. quo ex loco apparet, quantum legislatio romana a veris principiis distet. Praecipuae causae ibi enumeratae fuerunt: adulterium uxoris vel mariti, si tamen maritus concubinam in domum coniugalem introduxisset vel eam extra domum in eodem loco frequentaret; machinatio contra vitam alterius coniugis; absentia coniugis per quinque annos protracta, quin nuntium de se mitteret; vota monastica; recusatio mulieris cohabitandi cum marito in domo coniugali; impotentia mariti.

(112) Nov. 22. cap. 15. § 1. 2.

commemoratam, amittebat reliquam suam substantiam et successio aperiebatur in bona ipsius. Si adulter fuisset vir, et extassent descendentes vel ascendentes usque ad tertium gradum, his bona adiudicabantur; secus fisco. Si mulier fuisset adultera, bona adiudicabantur pro tertia parte monasterio, in quod erat coniicienda; reliqua descendentibus extantibus tribuebantur: si solum extarent ascendentes, iis tertia pars, reliquae duae monasterio obveniebant: nullis extantibus neque ascendentibus neque descendentibus, tota substantia monasterio cedebat (113).

Divortium, quod sine culpa, sed sine causa factum esset, aequiparatum fuit quoad poenas divortio culposo, immo ad ipsum extensae sunt poenae statutae pro casu adulterii (114).

c) Cum Augustus multiplici lege divortiis modum imposuisset, etiam formam divortii instituerat, qua praescripsit ut voluntas divertendi per libertum coram septem testibus civibus romanis declararetur (115).

Deinde vero introducta est forma libelli repudii iam antea moribus praeformata (116).

331. Scholion. Cum iure Iustiniano omne matrimonium validum, producat effectus iuridicos, nec detur matrimonium validum carens iuris protectione, non opus est hic agere de illo modo solutionis matrimonii, quae habebatur per *amissionem connubii* v. gr. in *maxima*, *media*, et *minima capitis diminutione*.

Per se patet obvium et naturalem ac communem modum solutionis matrimonii etiam apud romanos fuisse mortem alterutrius coniugis (L. 1. D. h. t.).

§ 6. DE EFFECTIBUS SOLUTIONIS MATRIMONII.

332. 1º Effectus quoad prolem. Si *divortio* matrimonium solum fuisset, generatim proles penes coniugem innocentem

(113) Novella 134. cap. 10.

(114) C. 5, 17. de repudiis. L. 8. § 4. 5. L. 11. § 1.; Nov. 22. cap. 15. pr. et § 3. cap. 17. § 1. cap. 18.; Nov. 117. cap. 13.; Nov. 127. cap. 4.; Nov. 134. cap. 11.

(115) D. 24, 2. de divort. et repud. L. 9.

(116) D. 24, 2. de divort. L. 7.; C. 5, 17. de repud. L. 6. 8.

permanebat. Quodsi ambo coniuges in divortium consensissent a magistratu res erat decidenda. Expensae vero educationis primario virum, secundario et subsidiarie mulierem onerabant (117). — Si *morte* alterutrius coniugis solutum sit matrimonium, proles erat educanda apud coniugem superstitem, nec inde tamen mater necessario acquirebat patriam potestatem; immo pater defunctus poterat testamento disponere, ut infantes alteri educandi committerentur; a qua tamen patris voluntate magistratus iusta de causa recedere poterat (118).

333. 2º Religio luctus, erat prohibitio uxori facta ne ad novas nuptias transiret, nisi post certum tempus. Quae prohibitio munita sanctione infamiae incurrendae a legislatore petebatur ex publica utilitate, ne, uxore forte adhuc praegnante ex priori marito, sanguis turbaretur in damnum prolis per festinatas novas nuptias aut in foetum aliquid machinaretur. (D. 3, 2. *de his qui not. infam.* L. 1.). Quare si mulier peperisset ante finitum tempus luctus, tunc, cessante ratione, ex iure classico statim nubere poterat (ibidem).

Deinde vero statutum est tempus fixum intra quod mulier nubere non poterat, videlicet tempus decem mensium, quod ab Imperat. Gratiano, Valentiniano et Theodosio ad duodecim menses seu integrum annum productum fuit (C. 5, 9. *de secund. nupt.* L. 2.). Poenae quoque auctae sunt.

Quare: 1º incurrebatur infamia. — 2º non poterat relinquere sive in dotem sive per testamentum plus quam tertiam suae substantiae partem. — 3º removebatur a successione testamentaria; ab intestato vero solum poterat succedere cognatis suis usque ad tertium gradum. — 4º amittebat lucra nuptialia prioris matrimonii (119).

Quae incommoda a Iustiniano fuerunt extensa ad mulierem, quae, licet ad novas nuptias non convolasset, filium in undecimo aut duodecimo luctus mense peperisset, ita ut prae-

(117) Nov. 117. cap. 7. Cfr. quoque Auth. ad L. unic. C. 5. 24.

(118) D. 25, 4. *de inspic. ventre* L. 1. § 10.; Nov. 22. cap. 38.

(119) D. 3, 2. *de his qui not. inf.* L. 1.; C. 5, 9. *de secund. nupt.* L. 1. 2.; C. 6, 56. *ad SC. Tertullian.* L. 4.; Nov. 22. cap. 22. pr. et § 1.; C. Theod. 3, 8. L. 1.

sumi absolute non posset, filium ex defuncto marito procreatum (Nov. 39. cap. 2.).

A memoratis poenis libera erat illa mulier, quae imperiale rescriptum ad novas nuptias obtinuisset, modo liberos ex priori marito non haberet; quodsi liberos haberet, imperiale rescriptum non proderat, nisi praedictis liberis suorum bonorum dimidiam partem relinqueret (C. 6, 56. *ad S. C. Tertulliam* L. 4.; Nov. 22. cap. 22. § 1.).

334. 3^o Secundae nuptiae (C. 5, 9, *de secundis nuptiis*). Quamvis in genere secundae et posteriores nuptiae romanis essent permissae; nihilominus ante legem Iuliam et Papiam Poppaeam moribus parum probabatur alterum mulieris matrimonium, tum ob memoriam defuncti mariti tum maxime ob caritatem in liberos; minus vero erat invisum alterum viri matrimonium, exceptis tamen pontificibus.

Cum vero deinde ob grassantem morum corruptionem facile liberorum procreatio studiose vitaretur, legibus Iulia et Papia Poppaea matrimoniis favor est praestitus et viduitati ac coelibatui poenae fuerunt constitutae: quare secundae nuptiae, nedum toleratae fere praescriptae fuerunt (*Ulpianus* XIV.; *Heineccius*, Comment. in cit. leges).

Sub imperio christiano, vel quod illa ratio cessaverat, vel certe ex influxu doctrinae christianae, ad antiquum principium reditus factus est, et ab imperatoribus leges fuerunt latae ad secundas nuptias impediendas; cuius impedimenti novis nuptiis positi ratio allegata est pudoris et utilitatis publicae seu favoris liberorum (120). Quae impedimenta primo posita sunt mulieribus, quibus pudor magis esset aestimandus et in quibus magis periclitaretur liberorum tutela (121); deinde virorum etiam secundae nuptiae non fuerunt probatae (122).

Contra *mulierem* fuit statutum: 1^o quod non posset revocare donationes, quas filiis prioris matrimonii fecisset, quibusdam casibus exceptis (C. 8, 56. *de revoc. don.* L. 7.; Nov. 22.

(120) L. 5. § 1. C. h. t., Nov. 22. cap. 20. § 1. cap. 23.

(121) L. 2. 3. 9. § 1. C. h. t.; L. 2. C. Theod. 3, 8.

(122) L. 5. C. h. t.

cap. 35.). — 2º filio prioris matrimonii ab intestato succedens, solum usumfructum habebat paternorum bonorum (Nov. 2. cap. 3.; Nov. 22. cap. 46), — 3º amittebat educationem filiorum ex priori matrimonio (Nov. 22. cap. 38.). — 4º amittebat tutelam, et si novum matrimonium iniisset, quin procurasset filiis novum tutorem et rationem suae gestionis reddidisset, puniebatur perinde ac si tempus luctus praevertisset (Nov. 22. cap. 40.; Nov. 94. cap. 2.). — 5º dignitatem et omnia privilegia mariti defuncti amittebat (Nov. 22. cap. 36.).

Contra quemcumque binubum sive *cirum* sive *mulierem*: 1º amittebat lucra nuptialia in favorem filiorum prioris matrimonii, retento solo usufructu ipsorum (Nov. 22. cap. 21. 23. 26. 46. 47.; Nov. 127. cap. 3.). — 2º amittebat ea omnia, quae sibi sub conditione viduitatis relicta fuissent (Nov. 22. cap. 43. 44.). — 3º novo coniugi non plus donare aut testamento relinquere poterat, quam illi ex filiis prioris matrimonii, qui minimum accepisset (Nov. 22. cap. 43.; C. h. t. L. 6. 9. 10). — 4º debebat liberis prioris matrimonii cautionem legatorum servandorum, si ipsis legatum vel fideicommissum praestare teneretur (Nov. 22. cap. 41.).

§ 7. DE COELIBATU ET ORBITATE.

335. Ut iam paragrapho praecedenti dictum est, leges Iuliae et Papia Poppaea ad favorem praestandam matrimoniis et liberorum procreationi latae fuerant. Quem in finem plura matrimonii impedimenta sustulerunt; nominatim permiserunt matrimonia inter ingenuos et libertinos: praeterea contra coelibatum et orbitatem plures poenas aut saltem privationes induxerunt. (*Orbus* autem dicebatur, qui liberos non haberet, licet uxoratus esset). Praedictis legibus deinde accesserunt plura senatusconsulta, v. gr. SC. Persicianum, Claudianum, Calvisianum et Memmianum. (Cfr. *Ulpianum* XVI. 3, 4.).

Favores concessi uxoratis fuerunt: 1º uxorati cum filiis erant capaces *solidi*; dum *orbi* non poterant capere nisi dimidiam partem haereditatum et legatorum (*Gaius* II. 111. 286); coelibes vero prorsus excludebantur (*Gaius* II. 111. 144. 286; *Ulpianus* XVII., 1. XXII. 3.); et bona relicta ad alios haeredes vel

legatarios filios legitimos habentes transibant; secus fisco cedebant tamquam caduca. (*Gaius* II. 286.; *Ulpianus* XVII. 2.).

2° ingenuae cum tribus filiis et libertae cum quatuor a tutela excusabantur et testamentum sine tutoris auctoritate faciebant (*Gaius* I. 145. 194. III. 44; *Ulpianus* XXIX. 2, 3.).

3° liberti et libertae ex domini consensu matrimonium contrahentes atque duos vel tres filios habentes aut unum quinquennem liberabantur a prestatione operum et munerum, quae libertis incumbabant.

4° qui Romae tres filios superstites haberet aut quatuor in Italia vel quinque in provinciis non tenebatur muneribus publicis personalibus, sed tantum praestationibus patrimonialibus et mixtis. (*Fragm. Vatic.* 168. 191. 247.).

5° consul maiorem filiorum numerum habens praeibat in fascibus sumendis et in iudicandi munere; si aequalem numerum duo haberent praeibat is, qui maritus esset aut in maritorum numero i. e. saltem desponsatus; si ambo etiam in hoc aequales praeibat senior (*Fragm. Vatic.* 198.).

6° Si pro honore et dignitate assequenda certa aetas fuisset requisita, quisque filius pro deficiente anno computabatur.

Poenā vero in coelibatum constituta erat absoluta incapacitas aliquid mortis causa capiendi (*Gaius* II. 111. 286; *Ulpianus* LVI. 1, 3.). Coelebs autem ille habebatur, qui neque maritus esset neque in maritorum numero (i. e. saltem desponsatus); nec excusabat matrimonium praecedens aut concubinatus (*Ulpianus* XVI. 2.).

Cum vero masculis sexagenariis et feminis quinquagenariis Leges Iulia et Papia matrimonium non imponerent nec poenam comminarent, fraudibus locus patuit, quibus occurrere voluit SC. Persicianum postea ab Imp. Claudio abolitum (*Ulpianus* XVI. 3.). Ex alia parte per SC. Claudianum mitigatio quaedam adhibita fuit, cum favorem aliorum matrimoniorum tribuerit ei, qui sexagenario maior minorem quinquagenaria duxisset. Casus inversus de quinquagenaria maiori, quae minorem sexagenario maritum acciperet, licet iurisprudentia admittere tentaverit, non praevaluit, quia illum exclusit SC. Calvisianum (*Ulpianus* XVI. 3.).

336. Iure Iustiniano non amplius vigent illae incapacitates *coelibis* vel *orbi*, quae per Constantinum et per Honorium et Theodosium II. iam fuerant sublatae (C. 8, 58. *de infirm. poen. coel.* L. 1. 2.) E contra, contra secundas nuptias plures poenae pecuniariae continentur in iure Iustiniano, quae sive utrumque coniugem binubum sive mulierem binubam afficiunt et paragrafo praecedenti fuerunt explicatae.

CAPUT II.

DE PATRIA POTESTATE.

Inst. 1. 9. de patria potestate. — D. 1, 6. de his qui sui vel alieni iur. sunt. — C. 8, 47. de patr. pot.

337. *Patria potestas* est complexus iurium, quae patrifamilias competunt in personam et bona filiorum.

Per se ex iure naturae potestas patria ad filiorum educationem physicam, intellectualem et moralem pertinet et directe potius officium quam ius est, in quo officio licet primatum habeat vir, mulier ut vera viri socia concurrit et tamdiu durat, quamdiu filii sibi iam providere possunt. Sed iure romano specialem habuit characterem praesertim in favorem patris, cuius habebatur tamquam verum et strictum ius, quod ad ipsum solum non ad matrem spectabat, nullis positis limitibus quoad aetatem; praeterea se extendebat ad descendentes et erat maxima et quodammodo absoluta quoad personam et quoad bona, donec paulatim ad tramites iuris naturalis reducta fuit et iure Iustiniano inter aequiores limites mansit restricta.

§ 1. ACQUISITIO PATRIAE POTESTATIS.

338. *Acquirebatur* patria potestas *generatione* in legitimo matrimonio, *legitimatione*, *adoptione*.

I. Acquisitio patriae potestatis per generationem.

339. Ut *generatione* acquiratur patria potestas in filios legitimos requiritur ut pater sit *sui iuris*. Filius familias, qui est sub alterius potestate, non habet potestatem patriam in

proprius filios, sed hi pertinent ad patriam potestatem avi. Mater in proprios filios non habet patriam potestatem; sed hi subiciuntur patriae potestati patris, si hic sit *sui iuris*, secus sunt sub patria potestate avi paterni (1).

Antiquo iure romano praeterea requirebatur ut essent procreati in matrimonio *civili*, nec sufficiens erat matrimonium *naturale* seu *iuris gentium*, quia patria potestas habebat characterem civilem et matrimonium naturale effectibus civilibus non gaudebat (*Gaius* I, 56.; *Ulpianus* X, 3.) — *Sed iure Iustiniano*, sublata distinctione inter matrimonium civile et naturale, ex quocumque matrimonio valido nascitur patria potestas (2).

II. De acquisitione patriae potestatis per legitimationem.

C. 5, 27. de natur. liberis et matrib. eorum, et ex quib. caus. iusti efficitur.

340. *Legitimatio* erat actus, quo iura legitimorum filiorum *naturalibus* filiis conferebantur. Porro filii *naturales* illi erant qui orti fuissent ex concubinato, reiectis filiis spuriiis, incestis vel adulterinis ex alia unione sexuali ortis. Fiebat autem vel per *subsequens matrimonium*, vel per *oblationem curiae* vel per *rescriptum principis*.

Legitimatio filiorum classicae iurisprudentiae ignota fuit, nec introducta fuit nisi sub imperio christiano. Antiquitus potius adoptabantur et sic indirecte obtinebant iura filiorum legitimorum (Nov. 74. cap. 3.). Constantinus auctor fuit, quod si quis concubinam duceret uxorem, filios ex ea susceptos legitimos haberet; quae *temporanea* Constantini dispositio a

(1) § 3. Inst. h. t. « Qui igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est; item qui ex filio tuo et uxore eius nascitur, id est nepos tuus et neptis, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri: qui tamen ex filia tua nascitur, in tua potestate non est, sed in patris eius ».

(2) Nihilominus in *peregrinis* non intelligitur patria potestas cum amplitudine propria iuris romani. Quare ita edicitur § 2. Inst. h. t.: « Ius autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus ».

Zenone confirmata postea iure perpetuo a Iustiniano sancita est (3). Theodosius vero et Valentinianus introduxerunt legitimatorem per oblationem curiae factam, quam pariter probavit Iustinianus, qui praeterea tertium induxit modum per rescriptum Principis.

Tres conditiones requiruntur: 1^o ut agatur de filio naturali seu ortus ex concubinato (4). — 2^o consensus filii legitimandi ex illa ratione quod legitimatio eum privat independentia domestica et inde eius capacitatem iuridicam minuit (5) — 3^o forma legitima, i. e. una ex tribus supra enumeratis:

341. Legitimatio per *subsequens matrimonium* a Constantino, ut dictum est, introducta in finem minuendi concubinitus, quos lex christiana reprobabat, locum habet cum pater ducit concubinam ex qua filios habuit, mutando concubinitum in verum matrimonium: quae mutatio debebat ostendi stipulando instrumentum dotis vel alium contractum circa bona, qui ostenderet illam mutationem (6).

Per oblationem curiae fit inscribendo filium naturalem in ordinem decurionum vel dando filiam naturalem decurioni in matrimonium (7). Ipse quoque filius poterat sese offerendo curiae legitimatorem obtinere, mortuo patre, modo is non reliquisset filios legitimos (Nov. 89. cap. 2.).

Per rescriptum principis ad instantiam patris datum habetur modus subsidiarius a Iustiniano introductus pro casu, quo

(3) C. 5, 27. de natur. liberis et matrib. eor. L. 5. 10. 11.; Inst. 3, 1. de haeredit. § 2.; Nov. 12. cap. 4.; Nov. 18. cap. 11.; Nov. 74. cap. 1.; Nov. 89. cap. 8.

(4) C. 5, 27. de nat. lib.; Inst. 1, 10. de nupt. § 13. Qui tamen non haberet filios legitimos, poterat per matrimonium cum serva legitimare filios ex carnali commercio cum ipsa habitos. Nov. 78. cap. 3. 4.

(5) C. 5, 27. de nat. liber. L. 9. § 3.; Nov. 89. cap. 11.

(6) Inst. 1, 10. de nupt. § 13.; C. 5, 27. de nat. lib. L. 11.; Nov. 89. cap. 11. Ratio autem, cur tantum ex concubinato nati per matrimonium legitimarentur illa erat, quod filii ex concubinato orti habent patrem notum, cum concubinitus esset unio sexualis stabilis a lege recognita, quae praebebat fundamentum fictioni ex qua reputabantur nati ex legitimo matrimonio.

(7) C. 5, 27. de nat. lib. L. 3.; Inst. 1, 10. de nupt. § 13.

non adessent filii legitimi et matrimonium cum filiorum matre fieri non posset. Ipse quoque filius post patris mortem, poterat impetrare rescriptum, si a patre relictus fuisset haeres manifestata intentione ut sibi tamquam haeres legitimus succederet (Nov. 74. cap. 1.; Nov. 89. 9. 10).

Per primam et tertiam legitimationis formam filii consequiebantur omnia legitimorum iura et patri subiiciebantur: per oblationem curiae non consequiebantur nisi quoddam cum patre personale vinculum legitimum, sed in eius familiam non ingrediebantur. (C. 5, 27. de nat. lib. L. 9.: Nov. 89. cap. 3. pr. cap. 4).

III. Acquisitio patriae potestatis per adoptionem.

D. 1, 7. de adoption. et emancip.

Inst. 1, 11. de adopt. — C. 8, 48. eod.

342. *Adoptio* erat actus, solennis, quo interveniente publica auctoritate, aliquis in locum filii vel nepotis accipiebat eum, qui ipsius patriae potestati non esset subiectus.

Ex qua notione facile apparet cur tempore reipublicae et iurisprudentiae classicae fuerit frequentissimus usus adoptionis: nam ex una parte suppeditabat medium, quo in familiam agnatitiam ingrederentur cognati, quos ius civile a participatione bonorum familiae excludebat admissis propinquis remotioribus; et ex alia parte, non existente instituto legitimationis, quae solum sub imperio christiano fuit introducta, in adoptione habebatur modus introducendi illegitimos in propriam familiam, adoptione gerente vices legitimationis.

Duplex distinguebatur adoptio: alia dicebatur *adrogatio* et erat adoptio personae sui *iuris*; alia dicebatur simplex *adoptio* (*datio in adoptionem*) et erat adoptio *fili-familias* seu eius qui esset sub patria potestate (D. 1, 7. de adopt. L. 1. § 1.).

Adoptio simplex (datio in adoptionem).

343. a) *Conditiones adoptionis simplicis*: 1° adoptans plena pubertate (i. e. 18. annis) debebat antecedere adoptandum (8)

(8) Inst. h. t. § 4. i. f. Ex hoc ipso loco Inst. satis communiter tra-

et esse capax matrimonii (9), quia adoptio naturam imitatur et adoptatus debebat posse considerari ut filius adoptantis. Non ita facile concedebatur adoptio illi qui sexagesimum annum nondum excessisset, is enim potius debebat incumbere generationi; unde infra illam aetatem non concedebatur nisi ob gravem causam v. gr. morbi (10).

2° Adoptans debebat aliis filiis carere non solum legitimis sed etiam adoptivis, nisi ex iuxta et gravi causa esset exceptio facienda. Nam adoptio est destinata ad supplendum filiorum defectum et praeterea in casu contrario minueretur ius filii legitimi naturalis aut alterius iam ante adoptati et ipse adoptatus quod sibi ex adoptione sperandum erat non reciperet (11).

3° Adoptans debet esse *sui iuris*, cum debeat acquirere patriam potestatem in adoptatum, quae patria potestas solum competere potest personae *sui iuris* (Arg. Int. h. t. pr.).

4° *Adoptatus* non debet esse filius *illegitimus* adoptantis, nam in casu per adoptiones frustraretur institutum legitimationis (Nov. 74. cap. 3.).

5° Adoptio debet esse perpetua, cum naturam imitetur (D. h. t. L. 34.). Et inde si adoptatum emancipasset quis vel alteri in adoptionem dedisset, non poterat eum rursus adoptare (D. eod. L. 37.).

6° Requirebatur ipsius adoptandi consensus aut saltem quod non contradiceret (D. h. t. L. 5.).

344. b) *Forma adoptionis*. Iure *classico* fiebat adoptio per *cessionem iudiciariam* potestatis patriae factae in favorem ado-

ditur adoptantem, qui aliquem velit adoptare in nepotem, debere hunc antecedere *duplici plena pubertate*, quia sicut ante 18. annum non temere quis pater esse potest, ita nec avus ante annum 36.

(9) Inst. h. t. § 9. Quare non poterant adoptare *castrati*, poterant tamen *spadones*, quorum impotentia generandi non habebatur ut manifesta et perpetua.

(10) D. h. t. L. 15. § 2. Nonnullis tamen videtur hoc fuisse proprium *adrogationis*, non *simplicis adoptionis*.

(11) D. h. t. L. 17. § 3. L. 15. § 3. Hanc quoque conditionem fuisse propriam *adrogationi* nonnulli contendunt.

ptantis, praecedente triplici aut saltem unica *mancipatione* filii. Triplex mancipatio requirebatur ad dandum in adoptionem filium, quam sequebatur duplex manumissio vel remanipatio; si vero ageretur de alio descendenti satis, erat unica mancipatio. Inde sequebatur *cessio iudiciaria*, in qua formaliter consistebat adoptio, quae consistebat in fictitia vindicatione patriae potestatis facta ab adoptante, cui non contradicebat is sub cuius patria potestate esset adoptandus, et inde magistratus illum vindicanti adiudicabat (*Gaius* I. 134).

Ius Iustinianum. Iustinianus illum implicatum modum dandi in adoptionem aboluit atque statuit ut sufficeret, quod pater naturalis et adoptivus indicem seu magistratum adeant et vicissim declarent velle in adoptionem dare ac recipere adoptandum praesentem, rogentque ut hoc in acta referatur. (L. 11. C. h. t.).

345. c) *Effectus adoptionis.* Adoptio producit vinculum propinquitatis civilis inter adoptantem et adoptatum, quo is assimilatur ceteris filiis (L. 1. pr. D. h. t.). Eundem effectum producit inter adoptatum et agnatos adoptantis cum quibus nascitur fictitia quaedam agnatio; sed nullum vinculum producit cum cognatis adoptantis (12). Atque hic habetur in Iure Iustiniano rarum quoddam vestigium iuris agnationis.

Adoptatus venit sub patriam potestatem adoptantis (Inst. h. t. pr.). Filii iam nati manent sub patria potestate avi, atque idem dicendum de conceptis tantum, qui censentur nati ipso adoptionis die (13). Solum ergo veniunt sub patriam potestatem adoptantis filii concepti post adoptionem (14).

(12) D. h. t. L. 23. « Qui in adoptionem datur, his quibus agnascitur et cognatus fit, quibus vero non agnascitur nec cognatus fit: adoptio enim non ius sanguinis, sed ius agnationis affert. Et ideo si filiam adoptavero, uxor mea illi matris loco non est, neque enim agnascitur ei, propter quod nec cognata eius fit: item nec mater mea aviae loco illi est, quoniam his, qui extra familiam meam sunt, non agnascitur: sed filiae meae is quem adoptavi frater fit, quoniam in familia mea est filia: nuptiis tamen etiam eorum prohibitis ». Cfr. quoque C. 8, 48. eod. L. 10. pr.

(13) D. h. t. L. 40. pr.; Inst. 1, 12. quib. mod. ius potest. solv. § 9.

(14) Cit. loc. Inst. I, 12 § 9.

Adoptatus nomen et cognomen assumit adoptantis, cui proprium nomen adiicit inflexa ultima syllaba in *ianus* (15).

Relate ad propriam familiam naturalem adoptatus subibat minimam capitis diminutionem et amittebat qualitatem agnati (16); quae tamen agnatio et consequens antiqua capitis diminutio iure Iustiniano nullum fere retinuerunt practicum momentum.

II. Adrogatio.

346. a) *Conditiones requisitae.* Praeter conditiones requisitas pro adoptionis validitate, ad adrogationem:

1° Requirebatur inquisitio praevia (*causae cognitio*); qua constaret adrogationem expedire adrogando, hunc esse habilem ad hoc ut adrogaretur et personam cui esset adrogandus habere capacitatem ad adrogationem faciendam (17). Quae specialis inquisitio in adrogatione erat necessaria, quia adrogatus propriam amittebat independentiam et ad familiam adrogantis transibat. — Si adrogandus esset minor debuit intercedere auctoritas tutoris vel curatoris, immo omnium curatorum, si plures haberet (18). — Si adrogandus nondum pubertatem excessisset illa inquisitio debuit esse multo severior, nec solum tutoris sed proximorum propinquorum requirebatur consensus (19). Insuper pro casu, quo adrogatus in impubertate decessisset, adrogans debuit promittere restitutionem omnium bonorum adrogati, iis faciendam qui adrogato successissent si adrogatio locum non habuisset, ne turpis fieret lucri captatio ex morte adrogati (20).

2° Antiquitus adrogatio fiebat calatis comitiis per roga-

(15) *Cicero*, Pro domo, XIII. 35. Ita cum Augustus ante adoptionem vocaretur Octavius, postea dici caepit Octavianus. Sic quoque P. Aemilius post adoptionem a Scipione factam dictus P. Cornelius Scipio Aemilianus.

(16) D. 38, 10. de gradib. L. 4. § 10.

(17) D. 1, 7. de adopt. L. 15. § 2. 3. L. 17. pr.; Inst. 1, 11. de adopt § 1.

(18) D. 1, 7. de adopt. L. 8.; C. 5, 59. de auct. praest. L. 5.

(19) D. h. t. L. 17. § 1. 2. 4.; C. 8, 48. de adopt. L. 2.

(20) D. h. t. L. 18. L. 20.; C. 8, 48. de adopt. L. 2.

tionem verae legis, unde nomen sumpsit *adrogatio* (21). Sub imperio princeps sibi illud ius arrogavit et introducta adrogatio per rescriptum principis (22), et est illa quae exhibetur in iure Iustiniano (23).

347. *b) Effectus adrogationis* differunt ab effectibus adoptionis simplicis in pluribus; nam: 1° cum adrogatus ab homine sui iuris fieret alieno iuri subiectus, cum ipso sub patriam potestatem adrogantis transibant omnes eius filii etiam qui nati ante adrogationem fuissent (Inst. h. t. § 11.) et omnia eius bona; unde veteres adrogationem vocarunt modum acquirendi universalem (§ 1. Inst. *de acquis. per adrog.* 3. 10.). Sed iure Iustiniano (loc. cit. Inst.) antiquum ius relate ad bona mutatum est et tantum ususfructus et administratio bonorum transeunt in adrogantem.

2° Si adrogatus fuisset impubes et adrogans eum ante pubertatem emancipasset, omnia bona ipsi erant reddenda, ne fraus committeretur in adrogando ad captanda impuberis bona (Inst. h. t. 1, 11. § 3.). Ipse quoque impubes, cum ad pubertatem pervenisset, poterat exigere emancipationem, si ipsius intererat sua bona recuperare (D. h. t. 1, 7. L. 33.).

3° Si adrogans decessisset antequam adrogatus ad pubertatem pervenisset, huic competeat ius ad quartam partem successionis adrogantis, quae dicitur *quarta divi Pii*, quia ab Antonino Pio fuit constituta (Inst. h. t. § 3.); quod ius adrogato competeat etsi fuisset emancipatus, si illa emancipatio

(21) *Gaius*, I. 99. « Populi auctoritate adoptamus eos qui sui iuris sunt: quae species adoptionis, dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur an velit eum quem adoptaturus sit iustum sibi filium esse; et is qui adoptatur rogatur an id fieri patiatur; et populus rogatur an id fieri iubeat » — Antequam rogatio populo proponeretur videtur quoque fuisse requisitum consensum Pontificum: populus autem rogabatur hac formula: « *Velitis, iubeatis, Quiritis, ut hic.... sit lege et iure L. Titii filius, aequae ac si ex eo eiusque matrefamilias esset natus* » Haec est ratio, cur mulieres et impuberes adrogari non possent, quippe comitiis interesse non poterant. Sed abolita necessitate rogationis et impuberes postea permisi sunt arrogari.

(22) *Tacitus*, Hist. I. 5. 18.

(23) C. h. t. L. 6. L. 2. i. f.

facta fuisset sine causa legitima. Illa autem *Quarta Antoniana* nullum afferebat praeiudicium potiori iuri, quod adrogato competeret succedendi adroganti, sed est minimum quod ipsi debebatur (24).

III. Adoptio facta a non ascendente.

348. I. Antequam publicaretur Novella 118. filius datus in adoptionem succedebat ab intestato patri suo naturali, si ante huius mortem a patre adoptivo fuisset 'emancipatus; ab illa vero successione excludebatur, si eo tempore adhuc maneret in familia adoptantis. Quare exclusio a successione patris naturalis compensabatur iure succedendi patri adoptivo, si is esset ascendens adoptati, quod ius adoptato competebat etiam post emancipationem (*Gaius* II. 137. III. 26.). Si vero adoptans non esset adoptati ascendens, sed extraneus, adoptatus periculo exponebatur amittendi ius succedendi etiam respectu patris adoptivi, cum emancipatio eum tali iure privaret. (*Gaius* II. 136. i. f.).

II. Eam ob rem Iustinianus, iam ante publicatam Nov. 118., statuerat, filium datum in adoptionem non ascendenti permanere debere in propria familia subiectum patriae potestati patris naturalis (25), ubi iura propinquitatis praesertim vero ius successionis retineret. Quare in casu adoptio solum producebat propinquitatem quamdam mere personalem inter adoptantem et adoptatum, qui proinde extraneus manebat relate ad propinquos adoptantis. Inde enascebatur ius unilaterale successionis in adoptato respectu adoptantis, non vero reciprocum in adoptante respectu adoptati (26). — Quem modum adoptionis personae extraneae factae recentiores interpretes vocant *adoptionem minus plenam*, eique opponunt

(24) Quarta illa pars computatur in bonis, quae adrogans habeat tempore mortis, et non debetur adrogato mortuo; sed semel natum ius, ex eo quod praemortuus sit adrogator, transmittitur ad adrogati haeredes, quamvis is moriatur sine manifestatione voluntatis illud ius exercendi. D. 27, 6. de collat. L. 13. L. 1. § 21.; D. 1, 7. de adopt. L. 22. pr.

(25) C. 8, 48. de adopt. L. 10. § 1.

(26) Cit. L. 10. § 1. C. h. t.

adoptionem ordinariam quam vocant *adoptionem plenam*. Quae tamen distinctio non habet locum in adrogatione, quae semper effectus enumeratos plene producit. (C. h. t. L. 10. § 5.).

III. Post Nov. 118. filius in adoptionem datus absolute succedit patri naturali etiamsi in huius morte adhuc sit in familia adoptiva; quia illa Nov. vocat in successionem descendentes omnes sine distinctione (27). Unde systema Iustinianaeum adoptionis a persona extranea factae carere videtur practica utilitate, licet illa adoptio non fuerit expresse abrogata.

IV. Adoptio facta a muliere.

349. Cum per se feminae a iure adoptandi essent exclusae etiam ex illa ratione quod ipsis competere non poterat patria potestas (Inst. h. t. § 10.); Diocletianus et Maximianus per privilegium ius adoptandi concesserunt feminis in solatium liberorum amissorum. Quod ius in pluribus recedit a normis ordinariis; nam: 1° subordinatur illi conditioni, quod mulier filios naturales amisisset; 2° adoptio fieri debuit per rescriptum principis; 3° adoptatus non mutabat familiam nec subiectionem, sed solum relatio parentelae legalis oriebatur, quae erat mere personalis inter adoptantem et adoptatum (Inst. h. t. § 10.; C. h. t. L. 5.).

CAPUT III.

DE EFFECTIBUS PATRIAE POTESTATIS

I. Principia fundamentalia.

a) *Ius antiquum.*

350. Potestas patria influxum non habebat in iura politica filiorum; relate vero ad ius privatum, cum filius unam personam cum patrefamilias censeretur efficere, personalitas patrisfamilias filii personalitatem quodammodo absorbebat (1):

(27) Non desunt tamen nonnulli interpretes, qui excipiant filios datos in adoptionem *plenam*. Cfr. *Van-Wetter* II. § 581. 676.

(1) D. 1, 6. de his qui sui vel alieni iur. sunt. L. 9.; C. 6, 26. de impub. et de al. subst. L. 11.

1° unitas personae secum ferebat ante omnia unitatem patrimonii; paterfamilias erat unicus proprietarius, cui acquirebatur quidquid filius acquireret (*Gaius* II. 87.). Ex alia parte eadem unitas personae efficiebat, ut filii, etiam vivente patre, suorum bonorum proprietatem quadam latenti ratione haberent, et mors patris illud ius reddebat practicum substituendo filium in quasi-continuatione proprietatis praecedentis (2). Quare non videbatur ipsis acquiri successio, sed quodammodo sibi ipsis filii succedebant necessario (3); cui successioni non poterant renunciare, et inde illa appellatio *haeres suus, haeres necessarius*. — Ex defectu proprii patrimonii filiusfamilias sub potestate constitutus non poterat testari (*Ulpianus* XX. 10.).

2° Nullus actus iuridicus intercedere poterat inter patremfamilias et filiosfamilias, nec inter ipsos filiosfamilias, cum actus iuridicus secum ipse nemo inire possit, et omnes considerarentur velut unica persona (4); quod praesertim intelligendum erat de conventionibus et actionibus (5). Conventiones tamen inter patrem et filios vel filiorum inter se producebant obligationem naturalem (6). — Pariter non poterant ceteri esse testes actus iuridici ab uno ipsorum positi (7).

3° Ob eandem unitatem personae admittebatur quod pater et filius stipulari possent unus pro alio (8). Quodsi pater filio peculium concessisset, manebat obligatus obligationibus filii usque ad concursum peculii (9).

b) Mutationes factae ante Iustinianum.

351. 1° Tempore imperii filiifamilias gavisii sunt propria personalitate relate ad bona castrensia et quasi-castrensia, et

(2) D. 28, 2. de liberis et posth. haered. L. 11.

(3) *Gaius* II. 157.

(4) *Gaius* II. 106.; D. 47, 2. de furt. L. 16.; Inst. 3, 19. de inutil. stipul. § 6.

(5) Cit. § 6. Inst.; D. 41, 6. pro donato L. 1. § 1.; D. 5, 1. de iud. L. 4.; Inst. 4, 1. de oblig. quae ex delict. nasc. § 12.

(6) D. 12, 6. de condict. indeb. L. 38. § 1.

(7) *Gaius* II. 105. 106.

(8) D. 45. 1. de verb. oblig. L. 45. pr.; Cfr. quoque Inst. 3, 19. de inutil. stipul. § 4.

(9) Inst. 4, 6. de act. § 10.

respectu illorum fuerunt assimilati patrifamilias (10). Inde data facultas de illis bonis testandi aliosque actus iuridicos peragendi sive cum patre sive cum aliis (11).

2º Deinde facti sunt simpliciter capaces acquirendi pro se (12), et praetor ipsis concessit ius renuntiandi successioni mediante *beneficio abstinendi* (*Gaius* II. 158.).

c) *Mutationes a Iustiniano inductae.*

352. Quamvis sub Iustiniano perseveret principium de unitate personae patrisfamilias et filiorum sub potestate constitutorum (C. 6, 26. *de impub. et al. substit.* L. 11.); illius tamen principii effectus practici fuerunt dumtaxat: 1º quod filius esset incapax testandi, praeterquam de bonis castrensibus et quasi-castrensibus (13); — 2º quod inter patrem et filium actus iuridici iniri non possent, salva eadem exceptione de bonis castrensibus et quasi-castrensibus (14); — 3º remanet incapacitas testificandi patris et filii in actibus ab alterutro positis; ius unius stipulandi pro alio; obligatio patris erga creditores filii usque ad concursum peculii profectitii (15).

II. Ius patrisfamilias in personas filiorum.

a) *Ius antiquum.*

353. Antiquo iure romano potestas patrisfamilias in personas filiorum erat fere absoluta: 1º exercebat in ipsos iurisdictio-nem criminalem usque ad ipsam poenam mortis (16) — 2º poterat filios vendere per mancipationem alteri (*Gaius* I. 117.). Poterat etiam secundo et tertio filium mancipare; et liberati a *mancipio* post primam et alteram venditionem iterum sub

(10) D. 14, 6. de SC. Macedon. L. 2.

(11) Inst. 2, 12. quib. non est permiss. fac. testam. pr.; D. 18, 1. de contr. ampt. L. 2. pr.; D. 5, 1. iudic. L. 4.

(12) C. 6, 61. de bonis quae lib. L. 6. pr.

(13) Inst. 2, 12. quib. non est permiss. pr.

(14) Inst. 3, 19. de inutil. stipul. § 6.; D. 18, 1. de contr. empt. L. 2. pr.

(15) Inst. 2, 10. de testam. ordin.

(16) Titus Livius I. 26. II. 41.

potestatem patris veniebant; solum post tertiam venditionem obtinebant libertatem (*Gaius* I. 132.). Unica venditio extinguabat patriam potestatem respectu aliorum descendantium remotiorum: id a iurisconsultis deductum est ex lege XII. Tabul. quae trinam venditionem requirebat pro *filii*: ergo concluderunt pro aliis sufficere unicam (*Gaius* I. 132.). — 3^o si in potestate constitutus delictum commisisset, paterfamilias debebat pro filio respondere; habebat tamen electionem aut litis aestimationem sufferre aut filium *noxae dare* (*Gaius* IV. 75.); quae deditio noxae fiebat per mancipationem, qua filius potestati patriae subtractus veniebat in *mancipium* eius, cui noxae deditus fuisset (*Gaius* IV. 79.). — 4^o Pater poterat exponere infantes (*Plautus*, *Amphitrio*, I. 3, 3).

b) *Ius Iustinianicum.*

354. Illae potestates extraordinariae patrisfamilias paulatim penitus evanuerunt, partim iam ipsa evolutione iuris classici, partim vero sub imperio christiano (17). Paterfamilias haec sola iura conservat:

1^o filii ante pubertatem apud patrem habent domicilium legale necessarium et apud patrem commorari tenentur (18): puberes vero libere eligunt domicilium et locum commorationis (19). Si filii a tertia persona detinentur, pater potest eos reclamare per actionem vindicatoriam aut per *interdictum de liberis exhibendis et ducendis* (20);

2^o pater ius habet filios corrigendi ac poenis domesticis coercendi. Ad alias poenas infligendas debet recurrere ad iudicem (21);

3^o solum ob nimiam paupertatem egestatemque victus

(17) Cfr. D. 48, 8. ad leg. Cornel. de sic. L. 2.; D. 15, 2. quando de pecul. act. annalis est. L. 1. § 4.; D. 25, 3. de agnosc. et al. lib. L. 4.; C. 4, 43. de patr., qui fil. distrax. L. 2.; C. 8, 47. de patr. pot. L. 6.

(18) Arg. D. 43, 30. de lib. exhib. L. 1. pr. L. 3. pr.

(19) D. 50, 1. ad munic. L. 3. 4.

(20) D. 6, 1. de rei vind. L. 1. § 2.; D. 43, 30. de lib. exhib. L. 1. pr. L. 3. pr.

(21) C. b. t. L. 3.; C. 9, 15. de emendat. propinq. L. un.

causa poterat pater vendere filium; sed emptor tenebatur eum liberare quoties ipsi offerretur a quocumque eius pretium vel servus eiusdem valoris (22);

4° filii sub potestate patria constituti indigent licentia patrisfamilias ad matrimonium (23);

5° impuberibus sub potestate constitutis pater poterat nominare tutorem et etiam testamentum pro ipsis facere pro casu quo decederent in impubertate (24).

III. Ius patrisfamilias in bona filiorum.

(C. 6, 61. de bonis, quae lib. in potest.).

a) Historia.

355. 1° Tempore reipublicae liberi sub potestate constituti erant incapaces proprii patrimonii habendi et quidquid acquirerent patrifamilias acquirebant. Verum quidem est iam hoc tempore patremfamilias solitum esse dare filiis certa bona, quorum haberent administrationem et cum quibus negotium gerere poterant (*Gaius* II. 87. IV. 69. 73.); quae bona simpliciter dicebantur *peculium* sine addito (25): sed huius peculii dominus erat paterfamilias.

2° Sub imperio filii sub potestate constituti obtinuerunt capacitatem acquirendi et successive obtinuerunt triplex peculium, peculium *castrense*, peculium *quasi-castrense* et peculium *adventitium*. Primum ortum ducit a tempore Augusti (26), alterum a tempore Adriani (27), tertium a tempore Constantini (28). Sub primo comprehendebatur quidquid filiusfamilias acquisivisset causa vel occasione militiae (29). Sub quasi-ca-

(22) C. 4, 43. de patr. qui fil. distrax. L. 2.

(23) Inst. I, 10 de nupt. pr.

(24) Inst. I, 13. de tutor. § 3.

(25) Recentiores interpretes appellant *peculium profectitium* ad similitudinem dotis profectitiae. C. 4, 26. quod cum eo, qui in al. potest. L. 10.; D. 15, 1. de pecul. L. 5. § 3. 4.

(26) Inst. 2, 12. quibus non est permiss. pr.

(27) D. 36, 1. ad SC. Trebell. L. 50.

(28) C. 6, 60. de bon. matern. L. 1.

(29) *Paulus* III. 4. § 3.; D. 49, 17. de castr. pec. L. 4. pr. L. 11. 13.; C. 12, 37. eod. L. 1.

strengi continebatur quidquid acquisitum fuisset in administratione muneris publici vel in exercitio professionis liberalis, item donationes principis (30). — Tandem peculium adventitium ante Iustinianum constabat rebus acquisitis titulo gratuito a matre vel ascendentibus per lineam maternam et ex acquisitis matrimonii causa (31).

Mortuo filio, bona iis peculis contenta ad patremfamilias devolvebantur potius quam iure haereditario, titulo unitatis personae cum filio (*ius peculii*) (32); sed tenebatur de debitis filii usque ad concursum horum bonorum et creditoribus dabatur *actio de peculio*. Sed ius patris quoad bona castrensia cessabat, si de illis filius per testamentum disposuisset (33).

3º Iustinianus maximam induxit mutationem, dum aperte tribuit absolutam capacitatem acquirendi etiam filiis sub patria potestate constitutis; unde facti sunt veri domini bonorum acquisitorum quasi essent patresfamilias, nec amplius ea bona in patrimonium paternum ingrediuntur, nisi agatur de acquisitis ex peculio profectitio, cuius solam habent administrationem (34). Ex hac immutatione peculium adventitium factum est peculium generale filii sub potestate constituti et complectitur omnia bona, exceptis iis quae speciatim castrensi aut quasi-castrensi peculio sunt assignata. *Ius peculii* patri competens disparuit et successio filii deferretur eodem modo ac successio patrisfamilias (35).

b) *Ius Iustinianicum.*

356. I. Paterfamilias generatim habet usumfructum et consequenter etiam administrationem bonorum, quae ad filios pertinent (36); pluribus tamen gaudet iuribus, quam ordi-

(30) C. 3, 28. de inoff. testam. L. 37. pr. et § 1.; C. 2: 7. de adv. div. iudic. L. 4.; D. 36, 1. ad SC. Trebell. L. 50.; C. h. t. L. 7.

(31) C. 6, 60. de bonis matern. L. 1. 2.; C. h. t. L. 4. pr.

(32) C. 12, 37. de castr. pec. L. 5.

(33) D. 49, 17. de castr. pec. L. 17. pr.; C. 12, 37. eod. L. 5.

(34) C. h. t. L. 6; Inst. 2, 9. per quas person. nob. acqu. § 1.

(35) Nov. 118. cap. 1.

(36) C. h. t. L. 6. pr. et § 2.

narius usufructuarius. Nam non tenetur dare cautionem, cuius locum tenet praesumptus amor in filios (C. h. t. L. 8. § 4.); non tenetur conservare substantiam bonorum (C. h. t. L. 6. § 2.); filius vero nudam proprietatem sine consensu patris alienare non potest, quia patris interest ut potius filius quam extraneus sit proprietarius (C. h. t. L. 8. § 5.).

Vicissim pater bona filii gerere debebat tamquam bonus paterfamilias et tenebatur de culpa (37); bona filii alienare non poterat sine ipsius consensu (C. h. t. L. 8. § 5.); filius in patrimonio patris habebat legalem hypothecam in securitatem bonae administrationis illorum bonorum, quae a filio accepta fuissent a matre vel ascendentibus per lineam maternam (38).

II. Patri ususfructus non competit in peculium castrense et quasi-castrense (C. h. t. L. 10. pr.) nec in certa bona adventitia, quae designari solent sub nomine peculii adventicii irregularis et sunt: 1^o bona legata aut donata sub conditione, ut patri non competat ususfructus; quae conditio non est illicita. (Nov. 117. cap. 1. pr.). — 2^o bona acquisita a filio contra voluntatem parentis, qui hoc ipso censetur usufructui renuntiare (C. h. t. L. 8. pr.) — 3^o bona percepta a filio ex successione ab intestato fratrum vel sororum per utrumque parentem ipsi coniunctorum, quia pater loco ususfructus suam habet partem haereditariam (Nov. 118. cap. 2. in med.).

Quibus in casibus exceptis administratio nihilominus pertinet ad patrem si filius sit incapax; quodsi pater illam recuset nominatur curator (39).

III. Generatim in casu gravis negligentiae administratio bonorum ad filios pertinentium potest auferri a patre et committi curatori, manente apud patrem usufructu (40).

(37) C. 6, 60. de bon. matern. L. 1.; C. h. t. L. 8. § 4.

(38) C. 5, 9. de sec. nupt. L. 8. § 5.

(39) C. 5, 70. de curat. furios. L. 7. pr. C. h. t. L. 8. § 1.

(40) C. 9, 51. de sentent. pass. et rest. L. 13. § 2. Non desunt tamen interpretes, qui contrarium sentiant.

IV. Capacitas filii eiusque debita.

(Inst. 4, 7. quod cum eo, qui in alien. potest.

D. 14, 5. eod. — C. 4, 26. eod.

a) Principia generalia.

357. 1° In genere filii sub potestate constituti habent eamdem capacitatem ac patresfamilias (41). Nihilominus non poterant accipere pecunias mutuas (Inst. h. t. § 7.); non poterant testari nisi de castrensibus et quasi-castrensibus; non poterant conventiones inire cum patre aut cum aliis sub potestate constitutis, exceptis etiam castrensibus et quasi-castrensibus bonis; non poterant ut testes intervenire in actu iuridico a patre posito vel ab alio sub eiusdem potestate constituto, sed titulo testis domestici repellendi erant (42).

Filium incapacem, v. gr. infantem, supplet et repraesentat paterfamilias v. gr. in acquisitione, sed non in conclusionem actus iuridici, ne sibi videatur adsistere (43).

Creditores filii familias non habent actionem nisi in bona, quae pleno iure proprietatis ad ipsum pertinent; sed cum ipse non possit vendere seu alienare sine parentis consensu bona in quae paterfamilias habet usumfructum, ius haec bona vendendi seu alienandi creditoribus in contrahendo non potest concedere (D. 49, 17. de castr. pec. L. 7.).

2° In patrem familias ut talem in genere creditores filii actionem non habent, nisi ratione mandati filio dati aut ratione gestionis negotii. Ratione quidem mandati, pater, sicut quilibet mandans, subiicitur actioni *exercitoriae*, *institoriae*, *quasi institoriae* et *quod iussu* quoties expressum mandatum dederit filio (44). — In casu vero negotiorum gestionis, creditor uti potest actione *de in rem verso* iuxta generales leges, quibus regitur negotiorum gestio. (Inst. h. t. § 4.).

(41) D. 44, 7. de O. et A. L. 39.

(42) Inst. 2, 10. de testam. ordin. § 9.

(43) C. 6, 30. de iure delib. L. 18. pr.; Inst. 3, 19. de inut. stipul. § 10.

(44) Inst. h. t. § 1. 2. pr.; D. 14, 3. de institor. act. L. 19. pr.; D. 15, 4. quod iussu L. 1. § 1. 3.

Sed memoratae regulae de creditoribus patiuntur exceptionem cum paterfamilias filio concessit peculium. Tunc paterfamilias tenetur de debitis filii usque ad concursum peculii, sive debitum habeat sive non habeat relationem ad bona in peculio contenta; quia in casu, qui cum filio contrahunt, id bona fide faciunt innixi in filii peculio, ergo in patrem possunt creditores exercere *actionem de peculio*, licet pater, si et ipse sit filii creditor, aliis creditoribus praeferratur (45).

Si vero pater filio permisisset ut cum totalitate peculii vel eius parte negotium aliquod gereret, qui ex illo negotio creditores essent in bona illi negotio exposita habebant actionem specialem, videlicet *actionem tributariam*, quin pater antea posset detrahere quod sibi deberetur, sed mere concurrebat cum aliis creditoribus (46).

Actio quod iussu, actio de peculio et actio tributaria sunt actiones *adiectitiae qualitatis*, quo nomine designantur actiones, quae non directe diriguntur contra alteram partem contrahentem, sed contra eius mandantem ut talem. — Tandem commemorandum est, iure classico, delicta filii sub patria potestate constituti dedisse locum actionibus noxalibus contra patremfamilias.

b) *De Senatusconsulto macedoniano.*

(D. 14, 6. de SC. Macedon. — C. 4, 28 ad SC. Maced.)

358. 1° Filii sub potestate constituti ex SC. Macedoniano tempore Neronis promulgato non poterant accipere pecunias mutuas: cuius SC. scopus fuit filiosfamilias tueri contra malas artes usurariorum et patremfamilias protegere arcendo periculum captandi ipsius mortem, et occisio patrisfamilias a proprio filio Macedone fuit illius SC. occasio (47). Quae incapacitas filii sub potestate constituti tempore mutationis, non extenditur ad filios qui sunt *sui iuris* nec ad alios actus iuridicos

(45) Inst. h. t. § 4.; Arg. C. h. t. L. 1.

(46) Inst. h. t. § 3.; cfr. quoque § 5.

(47) D. h. t. L. 7. pr.; Inst. 4, 7. quod cum eo § 7.

v. gr. ad venditionem, locationem etc. (D. h. t. L. 1. § 1. L. 3. § 3. L. 7. § 3.). Sed illa incapacitas pertinet ad omnes qui sunt sub potestate cuiuscumque sint aetatis, nec mutatio convalescit per extinctionem patriae potestatis (D. h. t. L. 1. § 3.; Inst. h. t. (4, 7.) § 7.). Nec solum est vetita mutatio directa, sed etiam indirecta seu palliata in alia conventionione (D. h. t. L. 3. § 3. L. 7. § 3.).

2° Filii sub potestate constituti non tenentur civiliter ad restituendas pecunias mutuo acceptas, sed mutuam repellere possunt exceptione SC. Macedoniani, excepto peculio castrensi et quasi castrensi cum quo respondere debent de pecuniis mutuo acceptis, quia in illo peculio aequiparantur patrifamilias (D. h. t. L. 7. § 1. L. 1. § 3. L. 2.).

Eadem exceptio competit filii haeredibus aut fideiussoribus et etiam patrifamilias quem mutuans persequatur *actione de peculio* (D. h. t. L. 9. § 3. L. 6. pr.).

Manet tamen in filiofamilias obligatio *naturalis* restituendi pecunias et si eas restituit non potest civiliter repetere (D. h. t. L. 9. § 4. L. 10.).

3° Beneficium SC. Macedoniani cessat, si pater in mutuum consenserit, vel si ex errore probabili mutuans ignoraverit mutuatarium esse filium sub potestate constitutum (48). Cessat quoque, licet non pro patre, si filius egerit cum fraude, si exceptioni renuntiaverit postquam factus fuerit *sui iuris*; sed renuntiatio antea facta est nulla. (C. h. t. L. 1. 2.).

CAPUT IV.

DE EXTINCTIONE PATRIAE POTESTATIS

Inst. 1, 12. quibus modis ius potest. solvitur.

D. 1, 7. de adopt. et emanc. — C. 8, 49. de emanc. liber.

I. De causis extinctionis.

359. 1° Patria potestas cessat *morte* patrisfamilias aut filii-familias (Inst. h. t. pr.). Sed cum sub potestate patrisfamilias alii sunt positi immediate, alii mediante eorum patre

(48) C. h. t. L. 2. L. 5.

(liberi primi et ulteriorum graduum), per mortem patrisfamilias tantum primi fiunt *sui iuris*, alii veniunt sub potestatem sui patris. (Inst. h. t. pr.).

Morti naturali aequivalet magna et media *capitis diminutio* (Inst. h. t. § 1. 3.), quae equivalent morti civili, et patria potestas est propria civis romani et in civem romanum exercetur.

In casu patrisfamilias capti in bello, applicatur ius postliminii vel fictio legis Corneliae prout captivus redierit aut in captivitate mortuus fuerit. (Inst. h. t. § 5.).

360. 2^o Alia causa dissolutionis patriae potestatis est *emancipatio*, cuius usus fuit frequens ob characterem perpetuitatis, quem apud romanos habuit patria potestas. Illam potestatem emancipandi iurisconsulti iam deduxerunt ex lege XII. tabularum, quia ibi statuitur patremfamilias patriam potestatem amittere per trinam venditionem seu emancipationem filii; sicut enim alias res nostro dominio subiectas per venditionem seu emancipationem possumus abdicare ita et liberos.

Triplex autem distinguenda est emancipatio: *vetus* servato ritu antiquae mancipationis; *Anastasiana* inventa ab Imp. Anastasio; *Iustiniana* ab Imp. Iustiniano introducta.

a) *Vetus emancipatio* illa erat, qua pater praesentibus quinque testibus, libripende et antestato ter vendebat filium et toties hic tamquam servus manumittebatur. Nimirum primo pater filium alteri praesentibus quinque testibus vendebat, et emptor nummo in libram iniecto dicebat: « *hunc hominem iure Quiritium meum esse aio, est enim mihi emptus hoc aere, hac aeneaque libra* ». Quo facto antestatus tangebatur quinque testium auriculas, eosque monebat, ut memores essent huius venditionis. Hinc porro filius ita venditus tamquam servus manumittebatur. His peractis iterum eodem modo vendebatur et manumittebatur, idemque tertio repetebatur iisdem ritibus. Ter ita venditus totiesque manumissus filius erat *sui iuris* patriae potestati subtractus. (Cfr. *Gaium* 132. 172.; *Ulpianum* X. 1.).

Observandum adhuc filiam quoque et nepotes emancipari

potuisse, sed in illarum et horum emancipatione semel tantum factam esse venditionem.

b) Tempore Anastasii Imp. invaluit *novus* emancipandi modus (L. 5. C. h. t.); qui imperator sanxerat, ut si pater liberos emancipare vellet, rescriptum a principe impetraret, eaque emancipatio eiusdem esset effectus ac illa vetus per venditiones imaginarias facta. Requirebantur: 1^o litterae supplices principi a patre offerendae; 2^o rescriptum principis quo filium pro emancipato declararet. Hic modus utilis erat pro emancipando filio absente.

c) *Iustinianea emancipatio* fit per simplicem declarationem iudiciariam patris et filii apud iudicem, qui eam refert ad acta. (C. h. t. L. 6.).

361. 3^o Amittit quoque patriam potestatem paterfamilias, qui filium dat in adoptionem ascendenti, sub cuius potestatem venit adoptatus (Inst. h. t. § 8.). Pariter amittitur ab eo qui se adrogari facit aut legitimari, quo in casu transit in capitis familiae potestatem (Inst. 1, 11. de adopt. § 11.).

4^o Videtur etiam amissa patria potestas in filium in certas dignitates promotum (1). Etiam titulo poenae aufertur patria potestas ob certa facta, quibus paterfamilias redditus est ea indignus; v. gr.: si pater filiae pudorem prostituat i. e. si pater agat lenonem et filiam cogat ut quaestum turpissimum corpore faciat (2); si pater exponat vel exponi faciat infantem (3); si pater incestas nuptias contraxerit, liberi ex superiore matrimonio superstites ex potestate eius liberantur, etiam invito patre (4).

II. Effectus extinctionis patriae potestatis.

362. 3^o Cum patria potestate extinguuntur iura patrisfamilias in personam et in bona filiorum. Quodsi extinctio habuit

(1) Cfr. de iure antiquo: *Gaium* I. 130. — de iure novo C. 10, 31. de decurion. L. 66. § 1.; C. 12, 3. de consul. L. 5.; Nov. 81. cap. 1. pr. et § 1. cap. 3.

(2) Ad quam rem poterat filia invocare episcoporum suffragium C. 1, 4. de episcop. audient. L. 12.; C. 11, 41. de spectacul. L. 6.

(3) C. 8, 51. de infant. exposit. L. 2.

(4) Nov. 12. cap. 2.

locum per filii emancipationem, pater conservat dimidium ususfructus legalis, qui antea ipsi competebat (5).

Vicissim filius acquirebat independentiam personalem et liberum usum bonorum, nisi in alterius potestatem transiisset. Praeterea acquirebat proprietatem peculii profectitii, si pater ante emancipationem illud non ademisset, vi donationis praesumptae, quae ex post facto emancipationis censebatur perfecta (6).

Quoad filios personae emancipatae, hi remanent sub patria potestate prioris patrisfamilias, si iam essent nati tempore emancipationis vel saltem concepti quo casu reputantur nati ipso die emancipationis (7). Ergo emancipatus non acquirit patriam potestatem nisi in natos post emancipationem.

2º Dissolutio patriae potestatis per emancipationem, adoptionem vel legitimationem inducit minimam capitis diminutionem, qua filiusfamilias amittit qualitatem agnati relate ad antiquam familiam; quae tamen agnatio iure Iustiniano vix habet practicum momentum (8). Quae capitis diminutio non sequitur si patria potestas fuit dissoluta morte patrisfamilias vel filiifamilias, aut ex dispositione legis; nam capitis diminutio debet esse sequela actus iuridici (9).

(5) Inst. 2, 9. per quas person. nob. acq. § 2.

(6) Arg. D. 39, 5. de donat. L. 31. § 2. et C. 8, 54. eod. L. 17.

(7) Arg. Inst. h. t. § 9.

(8) D. 4, 5. de cap. min. L. 3. pr. et § 1.; D. 38, 10. de gradibus L. 4. § 10.

(9) Arg. D. 50, 16. de V. S. L. 195. § 2.; Nov. 81. cap. 1. pr. et § 1. cap. 2.

LIBER V.

IUS OBLIGATIONUM

SECTIO I. — *De obligationibus in genere.*

CAPUT I.

DE NOTIONE OBLIGATIONIS

Inst. 3. 13. de obligat. ; 3, 15. de verb. obligat.

D. 44, 7. de oblig. et act. ; 45, 1, de verb. oblig.

C. 4, 10. de oblig. et act. ; 8, 38. de contr. stip.

363. *Notio. Obligatio* (iure antiquo romano *nexus* vel *nexus*) *est iuris vinculum inter duas vel plures personas determinatas, quo una erga aliam necessitate adstringitur alicuius rei solvendae, faciendae vel praestandae* (1). Supponit personam *debitoris* et *creditoris*, qui a Romanis communi vocabulo *reus* designabantur (2). Ipsum ius creditoris dicitur *creditum*, no-

(1) In Institut. h. t. (3, 14) pr. definitur obligatio « *iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae, secundum nostrae civitatis iura* ». Quae definitio propter ultimum incisum solas complectitur obligationes *civiles*, nec includit *naturales*. Praeterea in hac definitione vox *res* intelligenda est in sensu valde generico *pro quacumque praestatione*, secus illa definitio Institutionum illas solas comprehenderet obligationes, quibus quis tenetur ad transferendum alteri ius aliquod proprietatis.

At illa vox *obligatio* in fontibus alias quoque habet significationes cum tradita notione connexas; nam: 1^o significat effectum illius vinculi iuridici seu *ius creditoris* vel debitum debitoris; 2^o factum ipsum, unde vinculum iuridicum oritur; 3^o instrumentum quo probatur illius vinculi existentia; 4^o rei alicuius oppignorationem. Cfr. D. 12, 2. L. 9. § 3.; D. 50, 16. de V. S. L. 21.; D. 12, 1, de reb. cred. L. 36.; D. 5, 1. de indic. et ubi L. 20.; D. 13, 7. de pignor. act. L. 11. § 3.; C. 4, 30. de non num. pec. L. 7.

(2) Voces *creditor* et *debitor* initio soli relationi iuridicae ortae ex contractu mutui fuerunt applicatae (*Gaius* in D. 44, 7. de obl. et act.

men vel actio, cui ex parte personae obligatae respondet *debitum*.

In hoc ergo iura obligationum differunt a iuribus realibus, quod haec pro obiecto immediato habent rem corporalem, in quam tribuunt immediatam in rem potestatem cum facultate de ea disponendi in totum vel pro parte pro diversitate casus; illa vero directam et immediatam relationem non inducunt inter rem et subiectum iuris, sed immediate et exclusive tendunt ad exigendam a debitore praestationem, ad quam tenetur. « *Obligationum substantia* (ait Paulus D. 44, 7. de oblig. et act. L. 3) *non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* » (3).

Obiectum obligationis (*id quod debetur*) in genere est praestatio seu actio debitoris, quae consistere potest vel in transmissione iuris proprietatis aut alterius iuris realis (*iuris in re aliena*), vel in traditione possessionis, vel in praestatione actus creditori utilis aut etiam in abstentione ab aliquo actu; quae diversa obiecta designabantur vocabulis *dare*, *facere*, *praestare* (4). Inde praesertim distinguebatur *obligatio dandi*

L. 5. § 3.); extra hunc casum commune vocabulum *reus* adhibebatur; ita in formulis stipulationis *reus stipulandi* erat creditor, *reus promittendi* erat debitor. Cfr. D. 45, 2. de duob. reis L. 1.; *Festum* v. reus.; *Cic.* De orat. II, 43.

(3) Ex hac notione et discrimine etiam infertur, quod obligationes non sunt proprie obiectum possessionis vel quasi-possessionis.

(4) *Dare* significabat traditionem rei vel iuris realis (*Gaius* III. 90.; D. 7, 1. de usufr. L. 37.; D. 8, 3. de serv. praed. rust. L. 19.; D. 45, 1. de V. O. L. 75. § 10.). — *Facere* designabat quemcumque actum utilem creditori et comprehendebat etiam facta negativa, *non facere* (D. 45, 1. de V. O. L. 2. pr. et § 5., L. 5. § 1., L. 75. § 7.). De vi vocabuli *praestare* non levis est disputatio: a pluribus *praestare* dicitur comprehensum in *facere*; ita ut *obligatio faciendi* sit idem ac *obligatio tradendi* vel *praestandi* et refertur ad omnes obligationes quae non habent pro obiecto traditionem iuris proprietatis aut alterius iuris in re aliena.

Alii tamen dicunt *praestare* praesertim referri ad resarcienda damna et interesse (*praestare id quod interest*) D. 19, 2. loc. L. 33.; alii vero

et *obligatio faciendi*, inter quas hoc praesertim practicum discrimen dabatur, quod obligatio dandi admitteret executionem coactam; qua debitor vi publica cogi poterat ad tradendam rem, quae obligationis obiectum erat (5): at obligatio faciendi ut talis executionem coactam non admittit, cum vis humana apta non sit ad cogendum aliquem ut faciat quod facere non vult vel abstinenceat ab actu quem omnino vult ponere; medium ad obtinendam coactam in hoc casu executionem est convertere obligationem faciendi in obligationem dandi damnando debitorem ad resarcienda damna et id quod interest (6).

364. Ex tradita notione deducitur quatuor requiri ad obligationem constituendam:

a) *creditorem* (subiectum activum) qui habet ius exigendi, ut alter det, faciat vel praestet.

b) *debitorem* (subiectum passivum) qui iuridice adstringitur, ut alteri det, faciat vel praestet.

c) *obiectum* seu factum circa quod una persona erga aliam obstringitur. Quod factum communiter dicitur debere esse tale, ut secundum moralem aestimationem hominum ad pecuniam reduci possit seu sit aliqua ratione pecunia aestimabile (7) saltem propter adiunctionem poenae conventionalis (8).

d) *vinculum iuridicum* per quod debitor erga creditorem circa obiectum obligationis adstringitur.

praestare dicunt referri ad illas obligationes, quae cum essent destitutae *intentione iuris civilis* persequébantur per actiones *in factum*. Cfr. *Gaium* IV. 2, 5, 33.; D. 19, 1. de act. empt. L. 13. § 6.; D. 38, 1. de operis libert. L. 37. pr.

(5) D. 6, 1. de rei vind. L. 68.

(6) D. 5, 1. de iudic. L. 43; D. 42, 1. de re iudic. L. 13. § 1.

(7) Per hoc ius obligationis seu crediti distinguitur a iuribus status civilis et familiae seu a iuribus personalibus, quae in pecunia mensuram seu aestimationem iuxta moralem hominum aestimationem non habent. Cfr. D. 40, 7. de Statu lib. L. 9. § 2. « *ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui peaeastarique possunt* ». Cfr. *Dernburg*, Diritto delle obbligazioni § 17. et § 18., ubi discutit an interesse debeat pertinere omnino ad creditorem vel possit etiam spectare ad tertiam personam

(8) D. 11, 7. de religios. L. 11.

CAPUT II.

OBLIGATIONUM DIVISIO

365. I. *Ratione obiecti* distinguuntur: 1° *obligatio speciei et obligatio generis*. Prima illa est cuius obiectum est res non fungibilis in individuo determinata. Altera illa est cuius obiectum non est in individuo determinatum, sed tantum ratione generis ad quod pertinet, (v. gr. debetur agnus, servus), vel ex sola quantitate in rebus fungibilibus (v. gr. debentur mille scutata aut centum ectolytri frumenti) (1).

Cum hac divisione connexa est illa, qua alia obligatio dicitur *certa* alia *incerta* (ratione obiecti). Certa illa est, cuius obiectum est praestatio certa. « *Certum autem est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumque sit: ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum* » (D. 45, 1. de V. O. L. 74). Incerta, cuius obiectum est *incertum* seu non ita determinatum aut per individuum in re non fungibili aut per genus, quantitatem et talem qualitatem quae excludat plus et minus (v. gr. equus, homo sine proprio nomine, vini Campaniae *boni* modii centum, quia bono melius inveniri potest. Cfr. D. eod. L. 75).

In obligatione *generis* electio rei solvendae pertinet ad *debitorem*, cum in casu dubii pro ipso pronuntietur (2); qui cum agitur de genere proprie dicto debet tradere rem valoris medii (3) et in rebus fungibilibus rem non vitiosam (4). Cuius regulae exceptio est, quod legatario generis tribuitur electio, etsi ipse sit creditor, quia dispositiones ultimae vo-

(1) D. 45, 1. de V. O. L. 54. pr. ; D. eod. L. 83. § 5. « *vini autem non speciem sed genus stipulari videmur* ».

(2) D. 18, 1. de contr. empt. L. 60. ; D. 12, 6. de cond. indeb. L. 32. § 3. ; D. 17, 1. mand. L. 52. .

(3) D. 30. de legat. I. L. 110.

(4) D. 17, 1. mand. L. 52.

luntatis latam habent interpretationem (5). — Praecipuum vero discrimen inter obligationem generis et speciei est relate ad rei periculum: nam si res in specie debita casu fortuito pereat, *ipsa perit creditori et debitor speciei interitu rei liberatur* (6); quod non accidit in obligatione generis, quia *genus aut quantitas numquam perit* (7).

Inter obligationem *certam* et *incertam* praecipuum practicum discrimen illud est quod obligatio certa est *stricti iuris* in quo obligatio est quoad extensionem definienda secundum ius strictum habita ratione litterae actus iuridici unde resultat (8); e contra obligatio incerta est obligatio *bonae fidei* dimetienda *ex aequitate* et non tam ex littera actus iuridici in quo fundatur, quam inspecto animo et voluntate partium (9).

366. II. Aliae obligationes sunt *coniunctivae*, aliae *alternativae*, aliae *facultativae*.

Coniunctiva est quae habet pro obiecto plures res, quae omnes solvi seu dari, fieri aut praestari debent: *plures res sunt in obligatione, et plures in solutione*. Ex. gr. si plures res quis promisit (coniunctiva), perinde est ac si separatim unamquamque promisisset; et inde si obligatio est nulla respectu unius rei, valet nihilominus respectu aliarum, et si una ex illis casu fortuito periisset, alias nihilominus debitor solvere tenetur (10).

Alternativa est quae habet pro obiecto plures res, quarum una sola est solvenda: *plures res sunt in obligatione, sed una tantum in solutione*. Electio inter varias res *alternative* debitas pertinet ad debitorem (11), quae facultas eligendi perse-

(5) Inst. 2, 20. de legat. § 22.

(6) D. 45, 1. de V. O. L. 37.

(7) Cfr. *Dernburg*, Diritto delle oblig. § 25.

(8) D. 45, 1. de V. O. L. 39.

(9) D. 3, 5. de negot. gest. L. 7.; D. 21, 1. de aedil. edict. L. 31. § 20.

(10) D. 45, 1. de V. O. L. 29. pr. L. 83. § 4.

(11) D. 18, 1. de contr. empt. L. 25. pr. L. 34.: D. 23, 3. de iure dot. L. 10. § 6.

verat quousque non fuerit impleta obligatio ita ut ante solutionem semper pro suo arbitrio electionem factam potest revocare (12). Pacto tamen expresso vel tacito electio reservari potest creditori, quo in casu pariter dum nondum actionem intentaverit habet *ius variandi*, nisi aliter expresse conventum fuerit (13). In utroque casu ius eligendi transit ad haeredes sive debitoris sive creditoris (14). — Si res quae sunt obiectum obligationis alternativae sunt in individuo determinatae et *una earum perit*, attendendum est ad causam ex qua periit et ad personam, quae ius electionis habet. Quare:

a) si una ex rebus periit casu fortuito, obligatio redditur simplex, et debitor praestare tenetur remanentem (15). Idem valet si res periit culpa debitoris, quo in casu si electio ad creditorem pertineat, potest ab hoc exigi, aut res, quae remansit, aut pretium rei quae periit (16). Quodsi res periit culpa creditoris, debitor liberatur; si tamen electio ad debitorem pertinet manet huic ius rem remanentem tradendi et exigendi pretium illius quae periit (17).

b) Si *omnes res* alternative debitae casu fortuito *pereant*, extinguitur obligatio (18). Si perierunt culpa debitoris, debet ab hoc praestari aestimatio rei, quae ultimo loco periit, salvo iure creditoris, qui ius eligendi habeat, exigendi aestimationem unius vel alterius (19). Pari ratione creditor, cuius culpa

(12) D. 45, 1. de V. O. L. 138. § 1.

(13) D. 18, 1. de contr. empt. L. 34. § 6.; D. 45, 1. de V. O. L. 9. 93. 106. 112.

(14) D. 45, 1. de V. O. L. 76.; D. (30) I. de legat. L. 75. § 3.

(15) D. 13, 4. de eo quod cert. L. 2. § 3.; D. 18, 1. de contr. empt. L. 34. § 6.; D. 46, 3. de solut. L. 95. pr. Non desunt tamen, qui cum *Van-Wetter* (II. 326. 3^o) tenent debitorem posse liberari offerendo aestimationem rei, quae periit et erat inferioris valoris illa, quae remansit, quia electio in eius favorem erat constituta et probant ex L. 47. § 3. de legatis (30.) I.: sed hic textus de causa favorabili legati non videtur debere praevalere aliis allegatis. Cfr. *Windscheid*. II. § 255. I. 5^o.

(16) D. 46, 3. de solut. Arg. L. 95. pr. et § 1^o.

(17) D. 45, 1. de V. O. L. 105; D. 9, 2. ad leg. aquil. L. 55.

(18) D. 18, 1. de contr. empt. L. 34. § 6.

(19) D. 46, 3. de solut. L. 95. § 1.

res perierunt, tenetur ad praestandam aestimationem rei, quae ultimo loco periit, nisi debitor, qui ius eligendi habeat alterius aestimationem sibi praestari pro suo iure petat (20).

c) Si utraque res periit, prima ex culpa debitoris et altera postea ex casu fortuito, debitor, qui in rigore iuris maneret liber ab obligatione, si agatur de obligatione *bonae fidei* potest conveniri actione ipsi respondententi ad obtinendam solutionem aestimationis rei minoris valoris. Si vero agitur de obligatione *stricti iuris*, creditori competit *actio doli* cum huius actionis circumstantiae verificantur (21). In contraria hypothesis, quod utraque res periit, sed altera primum ex culpa creditoris, altera dein casu fortuito, debitor liberatur eique praeterea competit ius exigendi reparationem damni passi in amissione rei, quae periit culpa creditoris, habita etiam ratione maioris valoris rei, quae periit casu fortuito. Cfr. *Van Wetter* II. 326. 3^o i. f.

Facultativa obligatio illa est, quae habet pro obiecto rem determinatam, sed manet debitori facultas dandi aliam in solutionem: *una res est in obligatione, et altera in facultate solutionis* (22). Proprie non ipsa obligatio est facultativa, sed datio in solutionem, cum dari possit una res pro alia quae proprie est obiectum debiti, sive ex conventionem speciali sive ex vi legis (23). Quare obligatio facultativa non habet pro obiecto nisi unicam rem; nec est proprie obligationis obiectum illa res, quam debitor potest substituere priori (24). Inde etiam sequitur, quod si obligatio est nulla respectu rei debitae, est absolute nulla, et creditor non potest aliam repetere et si illa casu fortuito pereat debitor omnino liberatur.

(20) D. 46, 3. de solut. Arg. L. 95. pr.; D. 9, 2. ad leg. Aquil. L. 55.

(21) D. 46, 3. de solut. L. 95. § 1.

(22) Cfr. D. 42, 1. de re iudic. L. 6. § 1.

(23) Cfr. Inst. 3, 29. quib. mod. oblig. toll. pr.; C. 4, 44. de rescind. vendit. L. 2.; Nov. 4. cap. 3.

(24) D. 42, 1. de re iudic. L. 6, § 1.

367. III. *Obligatio in solidum -- obligatio indivisibilis.**Inst. 3, 16. de duob. reis stip. et prom.**D. 45, 2. de duob. reis constit.**C. 8, 40. de duob. reis stip. et prom.*

Solidaritas datur cum in una eademque obligatione plures sunt debitores aut creditores pro toto. Quare solidaritas potest existere vel ex parte debitorum vel ex parte creditorum: in primo casu habentur *correi* seu *duo rei promittendi*; in altero casu habentur *correi* seu *duo rei stipulandi*. Cfr. rubric. Inst. et Cod. (25). Proprius igitur character obligationis in solidum ponendus est in unitate obligationis non obstante pluralitate debitorum vel creditorum, quorum quilibet est creditor vel debitor pro toto (26). Solidaritas haec est exceptio in iure communi; nam in genere cum plures personae in aliqua obligatione active vel passive partem habent, obligatio in singulis est partialis, singuli sunt creditores aut debitores *pro rata* seu *in partem*, praestatio solum apparenter est communis, reapse vero dividitur in totidem praestationes, quae respondent partialibus obligationibus (27).

368. Ad solidaritatem debent verificari sequentes conditiones:

a) Unusquisque debet esse creditor vel debitor (28) eiusdem rei, non rei diversae, cum rei diversitas seu pluralitas inducat pluralitatem obligationum et obligatio in solidum sit

(25) Generalius interpretes *correos credendi*, *correos debendi*, *obligationes correales* vocant.

(26) Inst. h. t. § 1.; D. 2, 14. de pact. L. 9. pr. Aliter *Ruggieri*, De obligation. pag. 252, sq.

(27) Ita si tres vendunt fundum pretio 3000 scutatorum; unusquisque ex tribus potest exigere suam quotam partem, sc. 1000 scutata; et si tres personae simul emunt fundum pretio 3000 scutatorum, venditor ab unaquaque non potest exigere nisi 1000 scutata, quodsi una solvendo non sit, id aliis minime praedicat. D. h. t. L. 11. § 1. 2.; C. 4, 2. si certum pet. L. 5.; C. 7. 55. si plures L. 1. 2.

(28) Iam insinuatum est obligationem in solidum posse esse *activam* si sunt plures creditores, *passivam* si plures debitores eiusdem rei et *activam simul et passivam* si adsint plures creditores et debitores eiusdem rei.

obligatio unica pluribus communis. Nihil tamen impedit, quominus a diversis debitoribus vel creditoribus in solidum eadem res promittatur vel stipuletur sub diversis conditionibus v. gr. alius pure, alius in diem vel sub conditione. Cfr. Inst. h. t. § 1. 2.

b) cum obligatio in solidum sit exceptio, debet provenire aut ex conventionione speciali, aut ex dispositione ultimae voluntatis, aut ex speciali lege (29).

Ad obligationem in solidum *conventionalem* sufficit simplex pactum, si contractus principalis est bonae fidei; si vero contractus principalis sit stricti iuris requiritur stipulatio (30). Ut autem duo debitores per stipulationem obligentur in solidum, creditor debet quaerere ab utroque an spondeat talem vel talem rem et debitores debent respondere se promittere. Pari ratione ad hoc ut constituentur duo creditores in solidum, unusquisque creditor debet interrogationem proponere et debitor post utramque interrogationem respondere: nam, si post unamquamque interrogationem respondeat, inducuntur tot obligationes distinctae quot interrogationes cum sua responsione (31).

Actu ultimae voluntatis possunt plures personae in solidum obligari ad solvendum aliquod legatum, aut aliquid in solidum pluribus per modum legati relinqui potest (32).

Tandem lege statuitur solidaritas certis in casibus: tales sunt: 1° quod condelinquentes in solidum tenentur ad reparandum damnum ex delicto ortum (33); 2° personae quae simul dederunt cautionem pro eodem debito (34); 3° contutores et concuratores (35), item simul mandantes et comandata-

(29) Cfr. D. h. t. L. 11. § 1. 2.; D. de legat. (30) I. L. 8. § 1. et leges infra cit.

(30) D. h. t. L. 9. pr.; C. 2, 3. de pact. L. 13.

(31) Inst. h. t. pr.

(32) D. de legat. (30) I. L. 8. § 1.; D. de legat. (31) II. L. 16.

(33) C. 4, 8. de condict. furti L. 8. § 1.

(34) Inst. 3, 20. de fideiuss. § 4.

(35) C. 5, 52. de divid. tut. L. 2.

rii (36); duo argentarii socii, inter quos lex inducit solidaritatem activam (37).

369. *Effectus solidaritatis* inde eruuntur quod solidaritas sit unica obligatio de tota re plurium vel erga plures prout agatur de passiva vel activa.

Quare: 1° ab unoquoque in solidum obligato totum peti potest, et unusquisque in solidum creditor totum potest persequi (38). Immo creditor potest in solidum agere contra secundum debitorem si a primo non obtinuit solutionem *integram* (39). Sed debitum in solidum dividitur inter haeredes debitorum vel creditorum, cum proportionem ad quotam partem haereditatis ad ipsos delatam. — In hoc effectu gravem immutationem induxit Iustinianus, vi cuius debitor in solidum a quo totum petitur, habet actionem contra alios condebiteores, qui solvendo sint et praesentes adsint, ad obtinendum, ut ipsi interveniant in causa ad hoc ut condemnatio dividatur (40). Pariter debitor, quem insequitur creditor, potest ab hoc exigere tamquam conditionem ad solutionem, ut sibi ab illo cedantur actiones; quae cessio ipsi est valde utilis ad persequendos condebiteores, praesertim in casu quo creditor habeat hypothecam (41).

2° Interruptio praescriptionis respectu unius ex debitoribus in solidum nocet aliis, et eadem interruptio facta ab uno creditore prodest aliis creditoribus in solidum: nam ex vi solidaritatis interruptio refertur ad unam et integram obligationem, quae eadem est pro omnibus debitoribus vel creditoribus (42).

3° Cum obligatio in solidum manet sine executione ex culpa unius debitoris, hic absolute tenetur de damno et interesse; alii condebiteores, qui in culpa non sunt, in solidum

(36) D. 17, 1. mand. L. 59. § 3. L. 60. § 2.

(37) D. 2, 14. de pact. L. 25. pr. innot. L. 21. § 5. L. 27. pr.

(38) D. h. t. L. 3. § 1.; C. h. t. L. 1.

(39) C. 8, 41. de fideiuss. L. 28.

(40) Nov. 99. cap. 1. pr. Cfr. Windscheid II. § 293. not. 10.

(41) C. 4, 65. de loc. L. 13.

(42) C. h. t. L. 5.

de damnis tenentur sed usque ad aestimationem debiti dumtaxat (43); nam ex una parte culpa debitoris non debet privare creditorem commodo ex solidaritate proveniente, et ex alia parte culpa unius debitoris non debet reddere gravio-rem conditionem aliorum. Propter eandem rationem si unus ex debitoribus est in mora, ipse solus est obligatus ad solvendas usuras moratorias (44). Si tamen fuit stipulata aliqua poena pro casu quo obligatio non fuerit impleta et unus ex debitoribus non solverit, poena debetur ab omnibus, quia ab omnibus fuit promissa (45).

4° Extincta obligatione in solidum pro uno debitore aut pro uno creditore, illa extinctio prodest aliis debitoribus et aliis creditoribus nocet, quod est corollarium necessario fluens ex unicitate obligationis (46). Quae regula tamen unice refertur ad extinctionem *obiectivam* obligationis; nam extinctio personalis relate ad unum debitorem vel creditorem solum potest producere liberationem personalem (47), ut ex infra dicendis de obligationum extinctione melius apparebit.

370. *Actiones, quae nascuntur ex solidaritate.*

1° Debitor in solidum, qui debitum creditori solvit, recursum habet contra condebiteores quoties debitum ipsis profuit et habita ratione mensurae illius utilitatis quam condebiteores ex debito reportarunt. Id praesertim accidit relate ad debitores in solidum, qui sint socii (48): idem lex expresse

(43) Arg. D. 22, 1. de usur. L. 32. § 4.

(44) D. 22, 1. de usur. L. 32. § 4.

(45) Arg. D. h. t. L. 18.

(46) Inst. h. t. § 1. in fi.; D. h. t. L. 2. i. fi.; D. 46, 2. de novat. L. 31. § 1.

(47) D. 2, 14. de pact. L. 25. § 1.

(48) Arg. D. 2, 14. de pact. L. 25. iunct. L. 21. § 5. Generatim tunc accepti vel dati emolumentum vel damnum distribuitur, cum inter correos relationes iuridicae anteriores ex communione natae existebant: nimirum si pro re communi, v. gr. societatis causa, composita prius fuerat correitas, inde vero aut uni solum sit aut solverit unus. Tunc enim distributio illa actionibus, quae ex relationibus istis nascuntur, curanda est, ut quod de communi re acceptum lucrum, aut pro re communi damnum sublatum sit, in commune itidem redigatur. Quare si

statuit quoad contutores (49). Sed in alios condebitores seu damnificatores regressum non habet is, qui solvit pro damnis et interesse resultantibus ex delicto, quia ex delicto ius acquiri non potest (50).

Actiones, quibus exercetur ille recursus, eae sunt quae nascuntur ex relatione obligatoria inter partes existente et subsidarie datur actio *in factum* (51). Debitor potest etiam exercere erga correos actiones creditoris, si usus est beneficio cedendarum actionum, et sibi creditor mandavit actiones, quibus inde adversus correos suos possit experiri; quod beneficium dari solet, si correo solvendi beneficium revertendi non competat.

2^o Pariter a correis credendi habetur recursus sive regressus adversus correum cui integra solutio est facta, si solutio omnibus debuit prodesse et pro mensura utilitatis quam inde debebant capere, prout accidit fere in casu societatis (52).

371. Scholion. Obligationes correales a non paucis interpretibus distinguuntur in *correales et solidales* seu *vere correales* et in *solidales proprie dictas*, seu *simpliciter solidales* seu *pure solidales sine correitate*. Sic porro eas distinguunt, ut obligatio *solidalis* sit nomen generalius quod complectatur obligationes correales et alias praeterea non correales: in prioribus admittunt unicitatem obligationis sive debiti cum subiectorum pluralitate sive activa sive passiva; in posterioribus tot essent admittenda debita seu vincula obligationis quot subiecta activa vel passiva. Inde concludunt extinctionem obligationis solidalis simplicis inter creditorem et unum ex de-

unus e correis stipulandi solutionem accepit et societas inter eos exstabat, aliis competit actio *pro socio*, ut divisio lucri fiat (L. 62. pr. ad leg. Falc.). Si inter reos promittendi societas vel aliter communio fuerit, quorum unus solvere cogatur, huic contra alios actiones *pro socio* vel *communi dividundo* dantur (cit. L. 62. pr. D. ad leg. Falc. 35, 2.).

(49) D. 27, 3. de tutel. et ration. distr. L. 1. § 13.

(50) D. 27, 3. de tutel. et ration. L. 1. § 14.

(51) Cfr. D. 3, 5. de negotiis gestis L. 30.; D. 27, 3. de tutel. act. L. 1. § 13. Cfr. praecedentem notam 48.

(52) Arg. D. 35, 2. ad leg. Falc. L. 62. pr. Cfr. praecedentem notam 48.

bitoribus solum liberare alios debitores si creditor obtinuit plenam satisfactionem. Pariter contendunt, in obligatione solidali simplici, debitorem qui totum debitum solvit habere generatim regressum in ceteros alios debitores, cum ipse suum et illorum debitum solverit et illorum factus sit quasi negotiorum gestor (53). Alii vero interpretes nullo modo admittunt obligationem solidalem sine correitate sive unicitate obligationis, ex eo quod si obligatio solidalis complecteretur plura debita, haec non possent extinguí nisi per pluralitatem solutionis, etiamsi debita habeant idem obiectum (54).

372. *Obligationes indivisibiles.*

Indivisibilitas obligationum respicit earum *obiectum* vel *formam*.

Ratione obiecti sunt indivisibiles obligationes, quae tendunt ad constituendam aliquam servitutem diversam ab usufructu (55) et maior pars earum, quae consistunt in *facere* vel *non facere* (56). Nam cum servitutes, praeter usumfructum, sint indivisibiles (Cfr. libr. III. cap. 10. n. 272.) obligatio ad illas constituendas eodem caractere debet esse praedita. E contra cum ususfructus, emphyteusis, superficies et hypotheca sint divisibiles quoad constitutionem, etiam obligatio constituendi est divisibilis. — Facta hominis positiva vel negativa in genere sunt indivisibilia et eundem characterem communicant obligationi *faciendi* vel *non faciendi*. Nonnullae tamen ex iis obligationibus sunt divisibiles, quia facta positiva vel negativa ad quae referuntur sunt divisibilia (57). — Obligationes quae habent pro obiecto traditionem rei corporalis sunt omnes divisibiles, cum omnes res corporales admittant divisionem physicam vel saltem intellectualem, quae etiam sufficit pro

(53) Cfr. De hac sententia Windscheid II. § 292. § 293-298; Ruggieri, De obligationibus p. 252. sq.; Gasparolo. Ius civ. rom. vol. 2, § 83.

(54) Cfr. De hac sententia: Van Wetter II. § 336.; Ortolan, Explication historique des Instituts n. 1811. sq.; Gasparolo l. c. § 84.

(55) D. 45, 1. de V. O. L. 72. pr.

(56) D. eod. L. 72. pr.; arg. L. 85. § 3.

(57) V. gr. obligatio operarum D. 38, 1. de oper. libert. L. 15. § 1. Cfr. quoque D. 45, 1. de V. O. L. 4. § 1.

reddenda obligatione divisibili; potest enim fieri solutio partialis transferendo in creditorem quotam partem proprietatis rei debitae (D. 45, 1. de V. O. L. 54. pr.). Idem videtur dicendum de obligationibus, quae habent pro obiecto traditionem rei corporalis in finem diversum a translatione proprietatis (58).

Ratione formae sunt indivisibiles obligationes genericae propriae dictae et obligationes alternativae (59), quia in iis creditor non potest cogi ad acceptandas pro solutione partes plurium rerum. E contra sunt divisibilia debita rerum fungibilium, in iis enim debitor potest dare in solutionem quas-cumque res eiusdem generis (60).

373. Indivisibilitas obligationis vix habet momentum practicum, cum unus adest debitor, unus creditor; nam creditor numquam *tenetur* acceptare solutionem partialem. Nihilominus *potest* acceptare in casu obligationis divisibilis (D. 46, 3. de solut. L. 9. § 1.); quae solutio partialis redditur materialiter impossibilis si obligatio est indivisibilis absolute. Praeterea obligatio absolute indivisibilis non potest promitti pro parte, D. 8, 1. de servit. L. 17.

Sed indivisibilitas maximum habet momentum ubi adsunt plures debitores vel creditores, sive adsint ab origine obligationis sive deinde adveniant ratione successionis haereditariae. Unusquisque *vere* non est debitor aut creditor nisi pro parte, obstat tamen natura obligationis, quae aut ratione obiecti aut ratione formae non admittit partitionem. Ubi adest illud obstaculum unusquisque reputatur debitor vel creditor totius. Qua in re valent regulae sequentes: *a*) unicuique creditori contra unumquemque debitorem competit *solida* petitio (D. 8, 1. de servit. L. 17.). Obligatio indivisibilis conservat suum characterem quoad haeredes partium. Sed debitor a quo solida res petitur ius habet vocandi in causam condebi-

(58) Hoc tamen est valde controversum. Cfr. ex una parte D. 45, 1. de V. O. L. 52. § 1.; ex alia parte D. eod. L. 72. pr. vbis. *ut putā traditionem fundi.*

(59) D. eod. L. 85. § 4.

(60) D. eod. L. 2. § 1.

tores, ut eos solidarie condemnari faciat ad solutionem debiti (Arg. Nov. 99. cap. 1. pr.); qua ratione debitor liberatur a necessitate deinde singillatim persequendi condebiteores, qui partem non habuissent in debiti solutione Cfr. D. 32. de legat. III. L. 11. § 23. 24.

b) Interruptio praescriptionis respectu unius debitoris aliis nocet et procedens ex facto unius creditoris aliis creditoribus prodest, saltem in casu indivisibilitatis absolutae, cum interruptio versetur circa unum solidum debitum.

c) In casu *non solutionis* culpabilis, distinctio est facienda: 1° si non solutio locum habet cum in obligatione nondum habebant partem nisi unus debitor et unus creditor, et postea debitor aut creditor mortuus fuerit plures relinquens haeredes, damna ac interesse et poena forte stipulata dividuntur pro rata inter haeredes pro portione haereditaria, quia in casu agitur de debito haereditario perfecte divisibili (61). — 2° Si vero factum est contra obligationem eo tempore, quo haec comprehendebat plures debitores, *debitor* culpabilis, tenetur pro toto ad damna et id quod interest vel ad poenam, quia obligatio est indivisibilis, ut supponitur; sed condebiteores non culpabiles solum pro parte tenentur ad damna et id quod interest vel ad poenam, quia haec sunt divisibilia (62). — Si plures aderant *creditores*, et debitor deficit in obligationis adimplerione respectu unius creditoris, unicus creditor, cui praeiudicium illatum est, habet ius ad damna et id quod interest (63).

d) Extinctio obligationis indivisibilis pro uno debitore vel creditore per se non habet effectum in aliis, cum singuli solum sint debitores vel creditores pro parte. Quae regula praesertim habet locum in remissione debiti, quae si facta est uni debitori, creditor nihilominus retinet actionem contra

(61) Arg. D. 45, 1. de V. O. L. 72. pr.

(62) Arg. D. 10, 2. fam. ercisc. L. 25. § 10. Nonnulli tamen hoc admittunt solum de poena, quoad damna vero et id quod interest dicunt etiam debitores non culpabiles teneri pro toto, sed, ut videtur, minus logice.

(63) D. 45, 1. de V. O. L. 2. § 6.

alios et quidem pro toto si indivisibilitas est absoluta: sed quoniam debitum est extinctum pro debitore liberato, *solida* solutio a condebitore facta constituit pro hac parte solutionem *indebiti*, cuius proinde valorem debet a creditore refundi in solventem solidum (64). Similis regula tenet, si remissio uni debitori facta est ab uno ex pluribus creditoribus (65).

Aliter se habet res, si unicus creditor fuit plene satisfactus ab uno ex debitoribus vel si liberatio unici debitoris, profuit omnibus creditoribus: speciatim creditor, cui plene solutum est ab uno debitore, non potest exigere secundam solutionem, nec debitor, qui bona fide solvit uni creditori, amplius tenetur erga alios (66).

374. *Rekursus ortus ex obligatione indivisibili*: 1^o debitor, qui totum solvit, habet recursum contra condebitores; ipse enim solvit suum et illorum debitum et quasi gestor negotii respectu illorum fuit; et ideo contra ipsos actionem habet gestionis negotii.

2^o Similiter creditorem, qui solidi solutionem accepit, ceteri creditores possunt persequi per *conditionem sine causa*.

375. *Discrimen inter solidarietatem et indivisibilitatem obligationis*. *Solidarietas* respicit naturam ipsius debiti, nam in obligatione in solidum unusquisque est debitor vel creditor *pro toto*. *Indivisibilitas* respicit *obiectum* vel *formam* obligationis: unusquisque est debitor vel creditor *pro parte*, sed cum divisioni obsit obstaculum materiale, ubi illud obstaculum occurrit unusquisque reputatur debitor vel creditor pro toto. Hinc plures differentiae.

1^o Obligatio *in solidum* dividitur inter haeredes partium; *indivisibilis* manet talis pro haeredibus.

2^o Debitor *in solidum*, a quo solidum petitur, potest vocare in causam condebitores, qui sint solvendo et praesentes, contra quos habet recursum ad hoc ut dividatur condemnatio. Debitor, a quo totum petitur in obligatione *indivisibili abso-*

(64) Arg. D. eod. L. 2. § 3. i. f.

(65) Arg. D. 46, 3. de solut. L. 81. § 1.

(66) Cit. L. 81. § 1.

lute, potest vocare in causam condebitorum ad hoc ut illos solidarie condemnari faciat et eadem sententia statuatur de recursu contra ipsos.

3^o Debitorum *solidarii* in totum tenentur de damnis, de interesse et poena, quamvis debitorum qui non sint in culpa solum tenentur usque ad quantitatem aestimationis debiti. In obligatione *indivisibili*, debitor culpabilis in totum tenetur pro damno, interesse et poena, ceteri qui in culpa non sunt solum tenentur pro parte.

4^o Extinctio obligationis *in solidum* inter unum debitorem et unum creditorem habet effectum pro omnibus, nisi agatur de liberatione mere personali. In oblig. *indivisibili* extinctio prodest condebitoribus tantum in casu, quo creditor fuit plene satisfactus et nocet creditoribus solum in casu quo in eorum utilitatem redundaverit.

5^o Recursus contra condebitorum *in solidum* pendet ab eo quod debitum profuerit necne illi debitori contra quem est instituendus. Similiter inter creditores in solidum recursus locum non habet, nisi ei creditori qui vult recursum habere solutio erat profutura. In obligatione *indivisibili* recursus est absolute admissus.

376. IV. De obligatione civili et naturali.

Obligationis efficacia iuridica erat posita in possibilitate obtinendi eius executionem per viam iudiciariam. In hunc finem obligatio erat munita actione: haec tamen actio quamvis generatim esset connexa cum obligatione, ad eius existentiam non erat necessaria; sed erant obligationes munitae actione, aliae vero actione destitutae; priores a Romanis dicebantur *civiles*, posteriores *naturales*. Ratio autem, cur determinatae obligationi tribuitur actio seu medium urgendi executionem per viam iudiciariam, est quia illa obligatio habet fundamentum in iure civili recognitum et consequenter civilem protectionem; quibus vero deest illud civile fundamentum etiam civilis protectio saltem positiva quadam ratione non conceditur.

Quare *obligatio civilis* est illa, quae fundatur in iure civili, ideoque a iure civili positive recognoscitur omnesque civiles effectus producit, maxime vero adnexam habet actio-

nem, qua cogi possit debitor ad solutionem: huic competit illa definitio quae datur in Inst. 3, 13. pr. « obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei *secundum nostrae civitatis iura* » (67).

Obligatio naturalis est illa quae fundatur in iure gentium: « *is natura debet, quem iure gentium dare oportet* » (D. 50, 17. de R. I. L. 84. § 1.). Naturalis tamen obligatio, est vera obligatio etiam in sensu iuridico, licet careat iuridica tutela actionis, ideoque habet effectus vere iuridicos, illos maxime qui iuri naturali magis accedunt, quos legislator romanus non recusavit (68): unde apparet naturales obligationes non esse confundendas cum obligationibus moralibus, quibus effectus iuridici a legislatore recogniti reapse non competunt. Pariter differt obligatio naturalis ab obligatione *pleno iure nulla* et ab obligatione *inefficaci*; quae *inefficacia* habetur etiam in obligatione civili, cum actio ita plene eliditur per exceptionem debitori concessam, ut non remaneat nequidem obligatio naturalis, ut fit in obligatione per vim extorta (69).

377. Praecipui effectus iuridici qui obligationem naturalem consequuntur sunt: 1° *Exceptio*. Videlicet debitor naturalis si solvit, obligationi satisfacit ideoque solutum repetere non potest (70) per conditionem indebiti (71). 2° *compensatio*; scilicet

(67) *Theophilus* I. 3, 20. de fideiuss. § 1. "Actiones esse iuris civilis instituta, vel prima ipsarum origo demonstrat atque ille veterum legis actionum rigor, ut qui in conceptis verbis proferendis una vocula erraret causa caderet (*Gaius* IV. 11.). Cum vero cessavit odiosus ille legis actionum rigor, actiones tamen ita consideratae sunt, quasi ad ius civile romanorum pertinerent. Atque inde si quis peregrinus agere vellet eo nomine, quo actio constituta esset legibus romanis, praetor peregrinus dabat ei quidem formulam, qua litigaret, sed inducta per fictionem civitate romana: v. gr. « si paret Aulo Agerio, si civis romanus esset, oportuisse dari » (*Gaius* IV, 37).

(68) D. 46, 1. de fideiuss. L. 16. § 4.; Cfr. *May* n. 188.

(69) *Gaius* IV. 116. 117.; D. 50, 17. de R. I. L. 112. « Nihil interest, ipso iure quis, actionem non habeat an per exceptionem infirmetur »; D. 12, 6. de condict. indeb. L. 40.; D. 50, 16. de V. S. L. 55.

(70) D. 46, 1. de fideiuss. L. 16. § 1.; D. 12, 6. de condict. ind. L. 13.

(71) Quodsi sciens se civiliter non teneri solverit, ex iure donasse videtur. D. 12, 6. de condict. ind. L. 1. § 1.; D. 50, 17. de R. I. L. 53.

opponi potest per modum compensationis creditori postulanti adimpletionem obligationis civilis (72). 3º obligatio naturalis potest dare locum *iuri retentionis* (73); cum sc. is, qui naturaliter tenetur erga aliquem, hunc ipsum ex alio iusto titulo convenit, cum autem actio promota habeat cum illa obligatione relationem, removeri potest exceptione donec obligationi eidem non satisfiat. 4º potest transformari in aliam obligationem civilem per *novationem* vel per constitutum debiti (74). 5º praebeat fundamentum aliis obligationibus accessoriis v. gr. constitui possunt cautiones, pignus et hypotheca in assecurationem obligationis naturalis (75).

Non omnes tamen enumerati effectus consequuntur semper obligationem naturalem; sed nonnumquam aliquis effectus excipitur (76) et iidem penitus cessant cum agitur de obligatione a lege formaliter reprobata, quo in casu quantum in satisfactionem talis obligationis fuerit solutum repeti potest (77).

378. Obligationis naturalis causae ad duplex caput reduci possunt: aut enim resultat ex conditione *subiecti* obligationis aut ex *causa* obligationis.

Rationi subiecti: 1º qui personam iuridicam non habebat civiliter obligare aut obligari non poterat: unde *servi*, quamvis

(72) D. 16, 2. de compens. L. 6. « *etiam quod natura debetur venit in compensationem* ».

(73) D. 12, 6. de condict. ind. L. 51.; L. 38. § 1.; D. 46, 3. de solut. L. 94. § 3. Cum tam *compensatio* quam *retentio* valorem suum exerant *ope exceptionis*, a nonnullis tres isti priores effectus reducuntur ad unum sc. ad *exceptioem*.

(74) D. 46, 2. de novat. L. 1. § 1.; D. 13, 5. de pecun. const. L. 1. § 6, 7. L. 7. pr.

(75) Inst. 3, 20. de fideius. § 1.; D. 20, 1. de pign. L. 5. pr. L. 14. § 1.

(76) Regula generalis tradi non potest: sumendo maximum et minimum effectuum iuridicorum potest solum in genere dici, quod nunquam dant locum *actioni*, quod semper dant ius retinendi quod solutum est (*soluti retentio*), quod semper excludant *condictionem*. Quare *soluti retentio* est character ipsarum constans; quamvis soluti retentio etiam extra obligationem naturalem locum habet. Cfr. Girard pag. 639, not. 1.; Schupfer p. 81.

(77) D. 12, 6. de condict. ind. L. 26. pr.

obligationem civilem instituere possent inter dominum et tertiam personam, personaliter tamen vinculum obligationis suscipere non poterant nec eorum manumissio vim habebat tribuendi naturam civilem negotiis in servitute initis. — Cum tamen servi personam iure naturae haberent, obligatio naturalis penes ipsos agnoscebatur, quae effectum habebat post manumissionem.

2^o Personae, quae eodem vinculo patriae potestatis coniungebantur, inter se obligationem civilem contrahere non valebant; ipsae unicum personam iuridicam constituere censebantur in qua obligatio concipi nequit in seipsam: neque dissolutio patriae potestatis habebat vim conferendi negotiis antea initis naturam civilem (78). — Cum tamen patria potestas romana iuxta formam suam solemnem et extrinsecam in iure naturae non agnosceretur, obligatio naturalis penes ipsos agnoscebatur (79).

3^o Gravis quaestio est circa existentiam et praesertim circa valorem obligationis naturalis in *pupillo*. Certum est infantem nullum prorsus negotium gerere posse, quia non intelligit quod agit: pariter est certum pupillum septem annorum valide iure civili contrahere *cum auctoritate tutoris*. — Quaestio est pro casu, quo aliquam obligationem suscipiat, sine auctoritate tutoris, quin tamen ditior fiat ex re aliena (80). Sunt interpretes, qui negant; alii affirmant; alii distinguunt concedentes certos effectus obligationis naturalis, alios negantes. Cum negari non possit iuris fragmenta haberi inter se contraria et inanes fuerint conatus illa conciliandi, certi effectus sunt concedendi, alii negandi. Ita denegatur exceptio adversus pupillum, qui repetere vult quod sine causa iuridica solvit; denegatur pariter compensatio et ius retentionis; unde

(78) D. 12, 6. de condict. indeb. L. 38, pr. et § 1. 2. Excepietur obligatio infra limites peculii castrensis aut quasi-castrensis. D. 5, 1. de iudic. L. 4; D. 18, 1. de contr. empt. L. 2.

(79) Cit. L. 38. pr. et § 1, 2.; D. 46, 1. de fideiuss. L. 56. § 1.

(80) Illa ditiescentia certe obligat pupillum. D. 3, 5. de negot. gest. L. 3. § 5.; D. 13, 6. commod. L. 3. pr.; D. 26, 8. de auct. tut. L. 5. pr.

in iis nec naturalis obligatio (81). Conceditur confirmatio civilis, fideiussio, pignus constitutum, novatio.

4° De prodigis et fatuis idem fere dicendum ac de pupillo: alios sibi obligare possunt, non se aliis. At in his naturalis obligatio communiter admittitur. — Furiosus autem nec naturalem obligationem suscipere potest.

Ratione causae. Obligatio civiliter non agnoscebatur, nisi causam in iure recognitam haberet; quae causa interdum consistebat in ipsa forma exteriori, interdum in ipsa conventionis natura. An vero saltem naturalis obligatio oriretur in casu quo forma civilis extrinseca defecisset, in controversia est (82).

Praeter causam civilem requirebatur etiam causa naturalis, quae interdum erat distincta a causa civili, interdum cum ipsa civili confundebatur, quo in casu evidenter deficiente causa naturali, nequidem obligatio naturalis exurgebat. Nihilominus, etiam deficiente causa naturali *speciali*, admittebatur iure naturae existere causam quamdam *generalem* cum quis ex re aliena ditior factus fuisset (D. 50, 17. de R. I. L. 206). Quare 1° debitor per minimam capitis diminutionem ab obligationibus civiliter liberatus, *naturaliter* adstrictus permanebat. — 2° filius familiae, pecunia mutuo accepta, habebat quidem exceptionem S. C. Macedoniani; sed haec exceptio erat statuta in odium mutuantis, et proinde ille naturaliter obligatus permanebat. — 3° fideicommissarius, qui cogit creditorem haeredem testatoris fiduciarium ad haereditatem adeundam, ut ipse fideicommissum lucretur, naturaliter tenetur erga haeredem qui per haereditatis aditionem civiliter amisit suum ius. — 4° dominus naturaliter tenetur erga possessorem bonae fidei, qui rem excoluit, utiles impensas fecit, rem suam accessorie adiunxit rei bona fidei possessae.

Controversia adest: 1° circa praescriptionem extinctivam, an maneat elementum naturale obligationis praescriptione extinctae. — 2° circa debitorem rerum fungibilium, utrum obli-

(81) D. 12, 6. de condict. indeb. L. 41. Cfr. D. 2, 14. de pact. L. 28. pr.

(82) Certum in iure est ex simplici pacto usurarum obligationem naturalem gigni. D. 46, 3. L. 5, § 2.

gatione naturali teneatur solvendi usuras. — 3º circa sententiam absolutoriam iniustam, post quam interpretes plures tenent remanere obligationem naturalem.

379. *Obligatio bonae fidei et stricti iuris.*

Obligationes *bonae fidei* illae sunt, in quibus sequenda sunt principia aequitatis; e contra *stricti iuris* illae sunt, in quibus rigide standum sit principiis iuris. Initio iure romano omnes obligationes erant *stricti iuris*, serius dumtaxat apparent obligationes *bonae fidei*. In procedura *per formulas* facile erat id discernere, cum in ipsa formula actionis personalis *intentio* continebat verba *ex fide bona* aut aequivalentia pro casu obligationis *bonae fidei*, dum in aliis casibus formula erat absolute concepta. Ultima aetate iuris romani plures obligationes *stricti iuris* disparuerunt aut conversae sunt in obligationes *bonae fidei*; ex alia parte simul cum procedura per formulas cessavit regula, secundum quam reus contra actionem *stricti iuris* non poterat opponere nisi exceptiones antecederet a magistratu admissas et ab eodem in formula expressas (Arg. D. 18, 5. de rescind. vend. L. 3.).

In genere obligationes *bonae fidei* oriuntur ex conventionione bilaterali seu utramque partem obligante: e contra *stricti iuris* obligationes solent provenire ex conventionione unilateralis seu unam dumtaxat partem obligante. Speciatim iure Iustiniano sunt *stricti iuris* obligationes, quae nascuntur: ex stipulatione (83), ex promissione dandi vel dotandi (84), ex mutuo, ex quasi-contractu obligante ad restitutionem solutionis indebitae, et quae nascuntur ex delictis et quasi-delictis. — Reliquae sunt *bonae fidei*.

(83) C. 5, 13. de rei uxor. act. L. un. § 2.

(84) Cfr. D. 13, 2. de condictione ex lege L. un.

SECTIO II. — *De fontibus obligationum.*

Praenotiones generales.

380. *Fontes* obligationum sunt illi actus seu facta ex quibus oritur obligatio (1). Constans *distinctio fontium* in iure non habetur. Antiquior distinctio illa videtur esse quam refert Gaius III. 88., IV. 2. 182. « *summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* ». Contractus supponit conventionem inter duo subiecta obligationis, ex quorum voluntate oritur obligatio, quae proinde dici posset *conventionalis*; delictum vero est factum illicitum, quod a lege coercetur obligando auctorem ad aliquid solvendum ei, contra quem delictum admissum est. Unde fontes obligationum essent *voluntas* et *lex*. — In Institutionibus (§ 2. de oblig. 3, 13) recensentur praeterea obligationes, quae oriuntur *quasi ex contractu* et *quasi ex delicto*; et inde divisio quadrimembris quam passim afferunt antiquiores interpretes, quae tamen minorem habet favorem apud recentiores. — Iurisconsulti romani ceteras obligationes, quae non oriebantur neque ex contractu neque ex delicto, comprehendebant sub generali et valde vaga formula, *variae causarum figurae* (L. 1. D. de obligat. et action. 44, 7. Gaius). Nihil tamen videtur obstare in scientifica tractatione, quominus adhibeatur quadrimembris divisio, quae ipsius legislatoris sanctionem habuit in Institutionibus.

(1) Proprie obligatio oritur ex simultaneo concursu duplicis elementi, sc. requiritur factum aliquod et lex. Quae duo elementa non semper habent eundem influxum in obligationem gignendam; nam causa efficiens vinculum iuridicum modo est ipsum factum et lex nihil aliud facit nisi illud factum sancire, modo est ipsa lex, quae determinat sequelas iuridicas alienius facti accidentaliter vel voluntarii, quod praebet occasionem ut obligatio oriatur.

CAPUT III.

DE CONTRACTIBUS IN GENERE

I. Notio contractus eiusque historica evolutio.

381. *Contractus* lato sensu est *conventio* seu consensus duorum in idem placitum (1) in eum finem inita, ut inde emergat ius quodcumque sive personale sive patrimoniale sive obligationis. Hic autem contractus nomine accipimus conventionem quae directe tendit ad *iuris obligationis* creationem (2). Manifestatio communis consensus partium dicitur *pactum*, *pactio* vel etiam *conventio* (cum venire) (3). Conventio seu pactum perficitur, quando datur communis ille consensus externe manifestatus, quicumque demum sit modus externae manifestationis. At inde tamen iure romano non semper nascitur obligatio; e contra est generale principium in universa materia obligationum conventionalium dominans, atque etiam iure Iustiniano post varias correctiones perseverans, *nudam pactionem* non sufficere ad producendam obligationem et ad dandum creditori actionem contra debitorem: *nuda pactio obligationem non parit* (D. 2, 14. de pact. L. 7. § 4.), *ex pacto actionem non oriri* (D. 19, 5. de praescr. verb. L. 15.). Etiam in iurium realium constitutione idem principium firmatum vidimus (Cfr. supra n. 242.): *traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*. (C. 2, 3. de pactis L. 20.). Quod principium est corollarium specialis characteris romanorum, actuum iuridicorum formalitatibus tena-

(1) Illa notio conventionis, quae traditur L. 1. § 2. D. de pact. 2, 14. et L. 3. pr. D. de pollicit. 50, 12. est per se valde vaga, cum consensus voluntatum in idem non sit actus iuridicus, nisi ipsius obiectum habeat interesse iuridicum.

(2) Nonnumquam vox contractus significat ipsam *obligationem* vel *obligationis causam* quamcumque Cfr. D. 5, 1. de iudic. L. 20.; D. 13, 5. de pecun. const. L. 1. § 6.

(3) D. 2, 14. de pact. L. 1. § 2. 3.

citer addictorum (4). Ius quippe antiquius requirebat, ut mutuus consensus manifestaretur adhibitis certis formis solemnibus (*verba, litterae*). Conventio, illa solenni forma destituta, *nuda pactio*, effectum carebat, obligationem non pariebat, nec creditori adversus debitorem dabat actionem, quae erat modus efficax obtinendi adimpletionem: *formula adhibita*, conventio a iure firmabatur, fiebat *negotium civile* eique compete-
tebat actio; inde etiam peculiare nomen accipiebat, cessabat esse simplex pactum et dicebatur *contractus*: « *conventiones, quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus* » (D. 2, 14. de pactis L. 7. § 1. L. 1. § 4.). Omnis ergo contractus est conventio seu pactum, sed non vicissim.

382. Quae restrictior notio contractus, qua minus respiciebatur verus voluntatum consensus quam materialis ipsius manifestatio externa, in praxi et in ordine ad effectus civiles, inducebat confusionem inter conventionem et eius expressionem, quae non ut simplex probatio sed ut conditio ipsius essentialis, considerabatur. Sed illa restrictior contractus conceptio non diu potuit durare: praeter paucos contractus *formales* primitus *iure civili* admissos, plurimae aderant conventiones quae paulatim devenire debuerunt obligatoriae, licet formis destitutae, et inde actus *sine forma* debuit paulatim succedere in locum actuum *formalium*.

383. Illa iuris evolutio *in ipso iure civili* primum est facta; plures conventiones antea non firmatae, nisi ad summum per actiones praetorias, fuerunt munitae *actione civili* et exiguum numerum antiquorum contractuum valde auxerunt. Tales fuerunt contractus *re*, contractus *consensu* et serius sub imperio contractus *innominati*. Sub idem tempus praetor plura firmabat pacta, quin tamen ipsis tribueret nomen contractus reservatum conventionibus iure civili admissis (*pacta praetoria*). Tandem *ius novum* illam evolutionem perfecit, cum per plures constitutiones imperatorias efficacia iuridica data est plu-

(4) Cfr. May, Droit romain n. 6.; Ihering, Esprit du droit romain, t. III. § 50-57.

ribus aliis pactis, quibus tamen nomen contractus non fuit datum, ne immutatio fieret in classica contractuum partitione, licet actio civilis fuerit ipsis tributa, sed dicta sunt *pacta legitima*.

Atque hic sistit notiois contractus evolutio, numquam enim iure Romano plane dimissum fuit principium *ex pacto actionem non oriri*, sed in conventionibus semper retenta est illa principalis divisio in eas quae munitae sunt, et in eas quae destitutae sunt actione. At ex praemissis notionibus apparet, non solum contractum, stricto sensu iuris romani acceptum, esse fontem obligationum conventionalium, sed eas oriri tum ex *contractibus* tum etiam ex *pactis iure civili sanctis*, ex *pactis praetoriis* et ex *pactis legitimis* seu per constitutiones imperatorias firmatis.

II. Contractus iuridica elementa.

384. Iuxta puram doctrinam romanam, contractus duobus constat elementis essentialibus, quorum alterum est elementum *consensuale* i. e. conventio seu *pactum*, alterum est elementum *formale*, quod a nonnullis iuris textibus appellatur vago nomine *causa* (5), ab interpretibus passim dicitur *causa civilis*, *causa civilis obligandi*.

385. A. Elementum formale sive causa. Iurisconsulti classici diduxerunt contractus in quatuor genera: contractus *re*, *verbis*, *litteris*, *consensu* (*Gaius* III. 89.). Proprie solum in contractibus *verbis* et *litteris* reperitur *causa*, ideoque plene respondent conceptui contractus vere romano. Appellantur contractus *formales*, *solemnes*. Contractus *re*, saltem prout apparent aetate classica iuris romani, solum apparenter habent *causam* nec proprie sunt contractus *formales*, *solemnes*. Contractus *consensu* omnino carent *causa*. Atque ita habemus sub hoc respectu duplicem contractuum speciem: *contractus formales* (solemnes); *contractus non formales* (non solemnes).

Contractus verbis et litteris habent pro elemento formali aut

(5) D. 2, 14. de pact. L. 7. § 2. 4. Ulp.

usum certorum verborum solemnium (*verba*) aut scripturam solemniter redactam (*litterae*).

Contractus re et consensu. Contractus re perficitur per traditionem seu praestationem rei alteri factam, ex qua in contrahente, qui hanc praestationem recipit, exurgit obligatio restituendi vel similem praestationem faciendi. Quatuor contractus in hac classe ponuntur: *mutuum, commodatum, depositum* et *pignus*. In his traditio est conditio essentialis ad hoc ut oriatur obligatio; est causa *determinans* voluntatem contrahentis ad se obligandum; quare traditio iure classico (6) non videtur esse causa *formalis*. — Contractus *consensu* ineuntur nudo partium consensu, sine ulla solennitate, ideoque contractus formales non sunt. Quatuor agniti sunt: *emptio-venditio, locatio-conductio, societas, mandatum*. Si connumerantur contractibus est ob specialem iuris favorem, quo ob magnam ipsorum utilitatem e numero pactorum sunt assumpti et actione civili firmati.

386. Non sola absentia *causae* alteram classem a prima distinguit; sed alia quoque intercedunt discrimina, quae praesertim inde proveniunt quod priores sunt antiquiores et pressius romanae formae contractus, posteriores potius ex aliis populis (*ius gentium*) fuerunt in ius romanum admissi.

Hinc: 1^o Contractus *verbis* et *litteris* produciunt obligationes *iuris civilis*, contractus *re et consensu* potius obligationes *iuris gentium*.

2^o Priores proprium et speciale *nomen* non habent; posteriores proprium habent *nomen*. Quaelibet conventio, quae tendat ad creandam obligationem, adhibitis solemnibus verborum formulis, potest converti in contractum *verbis*; et quaelibet conventio, quae tendat ad producendam obligationem tradendi summam pecuniae, adhibita solemnī scriptura, po-

(6) Olim quidem aderat forma solemnī, qua huiusmodi contractus perficiebatur, videlicet *mancipatio*; sed cito hoc elementum externae solennitatis disparuit et sola remansit obiecti praestatio mutuam obligationem in accipiente gignens. Similiter *nexum*, antiqua forma contractus mutui, *formam solemnem* habuit in appensione metalli (*libra a libripende facta*) et in verbis solemnibus simul pronunciandis (*nuncupatio*).

test converti in contractum *litteris*. Quare *verba* et *litterae* sunt generales formae sese obligandi, quas ius offert iis, qui velint conventionem quamcumque efficacem reddere, ideoque praebent occasionem innumeris modis sese obligandi seu innumeris conventionibus obligatoriis, quibus impossibile est proprium et peculiare nomen tribuere. Et contra contractus *re* et *consensu* non sunt veluti forma seu exemplum, ad quod fingi ac veluti procudi possit materia cuiuslibet conventionis; sed isti contractus ex *iure gentium* deprompti tales sunt, ut unusquisque proprium ac peculiare *negotium iuridicum* constituat, cui peculiare *nomen* tribui potuit (7).

3^o Contractus *verbis* et *litteris* sunt unilaterales; contractus *re* (excepto *mutuo*) et *consensu* sunt *bilaterales* seu synallagmatici (8); sc. priores obligationem in una tantum parte paciscente producant in iisque unaquaeque pars unam tantum personam sustinet vel creditoris vel debitoris; posteriores obligationem in utraque parte producant atque in eis quaelibet pars simul creditoris et debitoris sustinet personam (9).

(7) Ulpianus in L. 7. § 1. D. de pact. 2, 14. « *transeunt in proprium nomen contractus* ». In ipso modo, quo in formulis dabatur actio, apparet discrimen: formula enim caret *demonstratione* (si excipiat *stipulatio incerta*) in contractu *verbis* vel *litteris*; datur vero *demonstratio*, in qua ponitur *nomen*, in contractu *re* vel *consensu* (excepto tamen *mutuo*).

(8) Licet textus illas denominationes non habeant, distinctio autem ipsa iurisconsultis nota erat. Cfr. *Gaium* III. 137, et L. 19. D. de V. S. ubi contractus bilateralis dicitur « *ultra citroque obligatio*, quam graeci *συνάλλαγμα* vocant ».

(9) Hoc quoque discrimen explicationem habet in historica origine et in charactere peculiari iuris romani antiqui, in quo studiose vitabatur complexitas in negotiis iuridicis, quae habetur in relatione iuridica bilaterali, in qua utraque persona contrahens habet iura adversus alteram. Inde antiqui iuris contractus *verbis* et *litteris* sunt unilaterales; recentiores qui ortum ducunt ex *iure gentium* sunt synallagmatici; atque ex graeca lingua iuristae debuerunt desumere appellationem *συνάλλαγμα*, cum in propria lingua non invenerint vocabulum proprium. Ipsa nomina quae data sunt nonnullis contractibus *consensu* v. gr. *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, ostendunt agi de negotio iuridico veluti duplici. Ob eandem rationem contractus bilaterales dant locum duplici actioni distinctae, excepto *societatis*, qui omnibus sociis dat aequalia iura eandemque actionem *pro socio*.

4^o *Contractus verbis et litteris sunt stricti iuris; contractus re (excepto mutuo) et consensu sunt bonae fidei*; quod discrimen pertinet ad diversam potestatem iudicis. In prioribus formulae orales vel scriptae obligant et ex ipsis est dimetienda obligatio et iudex debet strictim examinare quod dictum vel scriptum est, non partium intentionem: in posterioribus debitor tenetur ad omnem praestationem quam exigit bona fides, *de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet* (Gaius, III. 137.), et inde iudex non debet attendere solum ad id quod debitor promisit, sed etiam ad intentionem communem partium, ad circumstantias initi contractus, ad usum loci et ad cetera quae a *bona fide* exiguntur; quae extensio potestatis iudicis etiam exprimitur in formula actionis bonae fidei, *quidquid dare facere oportet* (debitor) *ex fide bona* (Gaius IV. 47.) (10).

387. B. Elementum consensuale contractus. Habetur hoc elementum in concordi voluntate partium (*cum sentire, cum venire*) (11), qua una se obligat ad aliquam praestationem, altera illam voluntatem acceptat.

Tria autem requiruntur, ut hoc contractus elementum detur: 1^o verus utriusque partis consensus. 2^o partium capacitas. 3^o obiectum aptum.

388. De partium consensu. Verus ille consensus postulat ut una pars (debitor) praestationem promittat; altera vero pars (creditor) praestationem accipiat. *Promissio* usquedum acceptata non sit a creditore, dicitur *pollicitatio* et generatim revocari potest, nisi ab ipso debitore cum consensu creditoris tempus fuerit constitutum ut acceptatio declararetur, quo casu nonnisi eo tempore elapso revocatio fieri potest. Pollicitatione facta et nondum secuta acceptance atque mortuo promittente vel eo cui pollicitatio facta est, negotium evane-

(10) Hoc quoque discrimen pertinet ad tempus relative recentius, quo admissi sunt contractus bonae fidei, nam antiquiori tempore non admittebatur nisi obligatio iuris stricti determinanda ex solemnibus verbis aut scriptis quibus contrahebatur.

(11) Cfr. Ulpianum in L. 1. § 3. D. de pactis 2, 14.

scit, nec aliquod onus aut ius ad eorum haeredes transit (12). Si tamen promittens decederet in tempore cum creditoris consensu constituto, nonnullis videtur negotium ad haeredes transisse.

Acceptatio debet convenire pollicitationi, nam sine tali convenientia duorum consensus *in idem* non datur. An vero praeterea requiratur ut promittens agnoscat pollicitationis acceptationem in controversia est: quae controversia vertitur circa absentes, nam quoad praesentes valet regula, quod acceptationis declaratio ex parte unius vim non habet, nisi a promittente percepta fuerit (13).

Verus consensus internus debet exterius innotescere seu declarari sive directe per verba, per epistolam vel nuntium, per nutum, sive indirecte per silentium (14) aut per factum aliquod (15): forma enim specialis non requiritur, nisi id exigit expressa contrahentium voluntas aut legis dispositio.

389. *Consensus* deficit omnibus modis, quibus aliquis fit ex natura rei incapax ponendi actum voluntatis. Praesertim vero hic consideranda est existentia *causae* et *motivorum*.

Causa hic intelligitur ratio iuris ob quam obligatio suscipitur (16), quae eadem est in unoquoque genere negotii iuridici independens ab individua partium voluntate, et a circumstantiis; v. gr. in mutuo numeratio pecuniae vel rei

(12) Cfr. D. 8, 4. communia praed. L. 18.; D. 12, 1. de reb. credit. L. 41.; D. 39, 5. de donat. L. 2. § 6.

(13) D. 44, 7. de obligat. L. 1. § 15.; L. 48.; D. 45, 1. de V. O. L. 1. pr.

(14) Cfr. L. 13. § 11. L. 14. D. locati conducti 19, 2.; qui enim tacet, cum loqui potuit et *debu*t, consentire videtur. Dixi *debu*t, quia silentium per se non reputatur consensus cfr. L. 142, D. de R. I. 50, 17.; L. 8. § 1. D. de procurat. 3, 3.: immo potius in eo, cui aliqua oblatio facta est, oblationis repulsionem significat, quamvis offerens protestatus sit se silentium pro acceptatione oblationis habiturum.

(15) Cfr. L. 14. D. 19, 2. Quandonam *ex facto* desumenda sit voluntatis declaratio res utique facti est; cfr. L. 13. § 11. L. 14. eod. L. 60. D. de R. I. 50, 17. Hic habetur *silentium qualificatum* ad distinctionem alterius quod dicitur *silentium simplex*.

(16) Cfr. Ulpianum in L. 1. pr. et § 2. 3. D. de cond. sine causa 12, 7.

fungibilis. Cum causa non sunt confundenda *motiva*, quae impellunt ad negotium seu conventionem et varia esse possunt in eodem genere negotii iuridici pro diversis circumstantiis. *Causa* est eadem in quolibet mutuo, *motiva* diversa esse possunt in quolibet mutuuario vel mutuante.

Quicumque se obligat (excepto casu donationis) intendit se illa obligatione non teneri nisi ob speciale commodum quod aliqua ratione compenset diminutionem proprii patrimonii ex obligatione resultantem, *ob causam promittit* (17); illud aequivalens, quod expectat, est *causa* determinans ad contrahendum, quae si deficiat, est obligatio sine causa aut cum falsa causa et idcirco ratione iuris destituta. In antiqua doctrina romana, cum omnes contractus erant formales, non agnoscebatur alia causa nisi causa formalis, adhibitio verborum solemnium vel scripturae (18). Sed post introductos contractus non formales, existentia causae agnita est ut essentialis ad valorem contractus. In contractu *re*, ipsa res est causa obligationis in *accipiente*; in contractu *consensu*, est reciproca obligatio ab altera parte admissa. Semel admissa necessitate causae in novis contractibus non formalibus, etiam in antiquis contractibus formalibus indirecte facta est immutatio; nam ius praetorium primo, deinde vero ipsum ius civile praesto fuit debitori, qui se sine causa aut ex falsa causa obligaret, dando ipsi medium se subtrahendi ab obligatione contracta per oppositionem *exceptionis doli* contra creditorem exigentem solutionem, vel directe reclamando liberationem per *condictionem sine causa*. Sed ipsa natura medii concessi indicat perseverantiam antiqui conceptus; nam *exceptio praetoria* reddit *inefficacem* actionem creditoris, quam proinde supponit *validam iure civili*, et *condictio sine causa*, liberando debitorem, obligationem pariter existentem supponit (19).

(17) Ulpianus in L. 1. § 1. 2. 3. 4. D. de condict. sine causa 12, 7.

(18) Id ipsum occurrebat in translatione proprietatis, cum *mancipatio* et in *iure cessio* se ipsis operabantur proprietatis translationem.

(19) Cfr. modum loquendi Ulpiani: *condicit ipsam obligationem* in L. 1. D. de condict. sine caus. 12, 7.

Motivorum ratio non habebatur; ideoque in antiqua doctrina romana actus ex errore, dolo vel metu positus validus habebatur, praesertim quia harum circumstantiarum in consensum influxus non facile externe apparet. Nihilominus ex ratione aequitatis, primum ius praetorium, deinde etiam ius civile a rigore antiquorum principiorum paulatim recesserunt. Inde vera quaedam protectio data est contra errorem, dolum et metum, quorum influxus in negotia iuridica iam explicatus est in parte generali (Cfr. Libr. II. cap. 9. n. 116. sq.).

390. *De partium capacitate.* Ad valorem conventionis, praeter verum consensum requiritur *partium capacitas*, qua possint esse creditores vel debitores (20). Generatim omnes qui sunt capaces consensus, pariter sunt capaces, ut mediante consensu fiant creditores vel debitores: incapacitas statuitur a lege per exceptionem. Nonnullae incapacitates sunt speciales pro certis conventionibus vel consequuntur necessitatem formae sollemnis necessariae pro ipsarum valore, et de iis erit sermo in singulis contractibus: aliae sunt generales pro omni conventionem, quia respiciunt ipsam personam contrahentis.

391. Sunt absolute incapaces *servi*. Quaecumque ratione in aliqua conventionem partem habuissent, quantum ad ipsos, illorum interventus erat prorsus inutilis: creditores, sibi non acquirebant sed domino: debitores, nec se nec dominum obligabant (21): valide tamen manebant obligati ex delicto et naturalem obligationem contrahebant ex actu illicito.

(20) Hic vero praesertim subiectum passivum est spectandum seu capacitas ad sese obligandum. Quoad subiectum activum recoili possunt, quae de capacitate iuridica in quorumcunque iurium acquisitione proposita sunt libr. II. cap. I. 5. et sequi.

(21) Si tamen servus ex commissione domini conventionem iniisset, sive ex commissione speciali (*iussum*), sive tanquam *institor* seu praepositus tabernae aut negotiationi, sive tanquam *magister navi* a domino (*exercitor*) praepositus; in his casibus tertia persona, quae cum servo conventionem iniit, actionem habet ex conventionem, qua dominum ipsum in solidum convenire potest, quia eo in casu, *qui ita negotium gerit magis.... domini quam.... servi fidem sequitur*. Actio autem pro diversitate casus diversam habet appellationem v. gr. *actio redditu, empti, locati*:

392. Quoad personas *liberas* capacitas saltem est limitata, seu imperfecta, in personis positis sub tutela vel curatela. Quare: 1° *impuberes* infantiam excessi repelluntur ab obligatione tamquam subiectum passivum, sed admittuntur tamquam subiectum activum; placuit enim sibi meliorem facere conditionem posse, non vero deteriore; acquirere ergo possunt, promittere non possunt (22).

2° *minores*, si curatorem non habeant, prohibentur alienare et quemcumque actum ponere alienationem actualiter continentem; si vero habeant curatorem, non solum est ipsis prohibita alienatio sed etiam quaelibet conventio quae potentialiter ad alienationem perducit (23). Illa capacitas imperfecta impuberum et minorum, induxit necessitatem ut earum persona compleretur per aliam a iure recognitam vel quae in eius locum ageret: idcirco impuberibus, si sui iuris essent, tutor dabatur ut contrahere possent; minori, si quidem sui iuris, in eundem finem dabatur curator. — Quodsi sine tutoris vel curatoris consensu, contrahant, licet stricte loquendo valide agant, cum ipsorum actibus naturale voluntatis fundamentum non desit, tamen eorum conventio ex uno latere claudicat (24), seu valorem habet respectu ipsorum, licet non habeat respectu aliorum contrahentium. Speciatim minor, si curatorem non habens actus quosdam poneret ad alienationem perducentes, valebant quidem conventiones, compleri tamen non poterant, quia minor nequit traditionem perficere,

actio quod iussu; actio *institoria* vel *exercitatoria*. Gaius IV. 70. 71. Formula in hoc casu in *demonstratione* continebat nomen *servi*, sed *condemnatio* dirigebatur ad *dominum*.

Pariter si dominus servo peculium in administrationem concessisset, per huiusmodi peculium servus poterat contrahere cum extraneis, quo in casu extranei habebant contra dominum actiones *de peculio*.

(22) Inst. 1, 21. de auct. tutor. pr.; 3, 19. de inut. stipulat. § 9; Gaius III. 107.; D. 29, 2. de acquir. haered. L. 8. pr.; D. 44, 7. de obl. et act. L. 43.; C. 8, 39. de inut. stipul. L. 1.

(23) Cfr. L. 4. C. de praed. non alienand. 5, 71. iunct. L. 22. pr. C. de admin. tut. 5, 37.; C. 2, 22. de in integr. rest. L. 3.

(24) Inde appellatio *contractus claudicans*. Cfr. L. 13. § 29. D. de actionib. empt. vendit. 19, 1.

eaque facta habebat restitutionem in integrum (25). — Minor tamen qui *veniam aetatis* impetravit, maiori aequiparatur, praeter quam circa immobilium alienationem.

Fatuus, qui *sui iuris* et perfectae aetatis est, et *prodigus* qui *sui iuris* est, impuberi et minori aequiparantur, unde eis datur curator et cum curatoris consensu contrahere possunt (26).

393. Pariter *limitatam* capacitatem habent *feminae*, quibus prohibita fuit *intercessio* pro aliis, et *filiifamilias* quibus prohibitum erat accipere mutuo pecuniam.

De obiecto obligationis.

394. Praestatio, quae obligationis (27) obiectum est, ut circa illam obligatio existere possit, debet esse *possibilis*, *certa* et *eius interesse* cui facienda est ac respicere *factum debitoris*.

395. I. Imprimis debet esse possibilis quia *impossibile nullam obligatio est* (D. 50, 17. de R. I. L. 185.). Impossibilitas autem esse potest *physica* vel *iuridica* et alterutra existente deficit obligatio, modo quoad impossibilitatem physicam agatur de impossibilitate *absoluta* sive *obiectiva*, non de *relativa* seu *subiectiva*; nam praestatio, quae impossibilis est respectu solius promittentis, promissionem ipsam non reddit nullam nec impletur quominus oriatur obligatio (28).

(25) Cfr. cit. L. 3. C. 2, 22.

(26) Etiam in aliis personis dabatur incapacitas iuridica imperfecta, nam praescindendo a feminis et filiisfamilias:

1^o *militibus* generatim quaedam conventiones vetabantur et nonnullae speciatim ipsis erant vetitae in locis ubi militabant, quod locum quoque habebat in magistratibus provincialibus, (Cfr. D. 49, 16. L. 9. pr., C. 4, 65. L. 31. L. 35.), 2^o *peregrinis* sociis concedebatur ius commercii, sed limitibus circumscriptum. 3^o *Clericis* legislatione Iustiniana vetita erat negotiatio (Cfr. Nov. 123, 6). 4^o *Haereticis*, *ethnicis*, *iudeis*, *apostatis* eorumque fautoribus plenitudo iuris aetate imperii christiani non fuit concessa. Cfr. C. lib. I. tit. 5. 7. 10.; C. Th. 16, 5.; C. Th. 19, 9. L. 4.

(27) Quae hic dicuntur de obiecto obligationis, sunt per se communia omni obligationi, nec restringuntur ad obligationes ex contractu ortas. Hic tamen posita sunt quia eorum explicatio in conventionibus est clarior.

(28) D. 45, 1. de V. O. L. 137. § 4. 5. Huc spectat casus promiss-

Impossibilitas *physica* absoluta seu obiectiva aderat, ita ut nulla esset obligatio: 1° si res in natura esse non posset aut de facto non sit (29) — 2° si ageretur de facto tertiae personae, cum factum alterius nemo habeat in sua potestate (30) — 3° si agitur de re propria stipulantis seu promissarii, nisi promissio facta fuerit sub conditione et cum haec purificatur iam res desierit ad promissarium pertinere (31).

Impossibilitas *iuridica*, a lege inducitur sive ob rationem *boni publici* sive ob *morum honestatem*, cui illa obligatio opponitur. Ob rationem *boni publici generatim* est prohibita conventio contraria legibus et principum statutis (32); *speciatim* est prohibita conventio contra libertatem in matrimonio ineundo in genere (33), item conventio circa successionem viventis seu *pactum successorium* (34); praeterea subtrahuntur a conventionione res extra commercium etiamsi tales sint respectu solius promissarii, non autem si tales sint respectu solius promittentis, quia in hoc casu ageretur de simplici obiectiva difficultate; item res litigiosa (35) et fundus dotalis (36).

sionis rei alienae, quae si consistat in dando non valet, quia datio rei non propriae est absolute impossibilis; si vero consistat in tradendo valet (D. 41, 3. de usucap. L. 15. § 3.).

(29) Puta hominem liberum, quem servum esse credebat (*Gaius* III. 97.; Inst. 3, 19. de inut. stipul. § 1. sq.). Res tamen sperata, immo ipsa spes seu alea obiectum constituere valet obligationis. D. 18, 1. de contrah. empt. L. 8. pr. et § 1.

(30) Inst. 3, 19. de inut. stip. § 3, 21.; D. 45, 1. de V. O. L. 38. pr. L. 81. pr. L. 83. pr. Contraria videtur L. 5. D. de duobus reis 45, 2. de quo fragmento fervet interpretum disputatio.

(31) D. 45, 1. de V. O. L. 31. 98.; D. 18, 1. de contr. empt. L. 61.

(32) *Paulus* III. 4, 2.; D. 28, 7. de condit. inst. L. 14.; D. 35, 1. de condit. etc. L. 64.

(33) V. gr. conventio divertendi a nuptis vel non divertendi; item conventio non nubendi vel non ineundi secundas nuptias quamvis in hac re constans non fuerit legislatio Iustiniana. Cfr. C. 6, 40. L. 2, 3. et Nov. 22. cap. 23.

(34) D. 18, 4. De haered. v. ad. vend. L. 1.; D. 39, 5. de donat. L. 29. § 2.; C. 2, 3. de pact. L. 30.; C. 8, 39. de inut. stipul. L. 4.

(35) *Gaius* IV. 117.; D. 20, 3. quae res pign. L. 1. § 2.; C. 8, 37. de litigios. L. 4.

(36) Inst. 2, 8. quib. alienare lic. pr.; D. 41, 3. de usurp. et usuc. L. 42.

Ob turpitudinem contra morum honestatem prohibentur: conventio circa delicta (37), ne de furto aut dolo quis teneatur, conventio contra libertatem in matrimonio ineundo in specie (38), contra libertatem personalem (39), contra religionem (40), contra pietatem (41), conventio lusoria (42). — Potest etiam contractus esse illicitus ob inhonestatem motivi, v. gr. si quis exigit sibi promitti aliquid ut a delicto abstineat vel ut obligationi suae satisfaciat (43).

396. II. Praestatio debet esse *certa* seu sufficienter determinata (v. gr. non valet promissio dandi vel faciendi *aliquid*), unde non sit in arbitrio debitoris reddere supervacaneam obligationem, praestando v. gr. rem nullius valoris, nec sit in creditoris arbitrio nimium gravem reddere conditionem debitoris v. gr. per exactionem rei nimii valoris. Quaestio *facti* est, utrum in particulari casu praestatio sit necne sufficienter determinata. In genere valent regulae: *a*) res corporales possunt determinari etiam indicato genere, dummodo genus ipsum ex ipsa sua natura sit determinatum et non ex sola hominis destinatione (potest promitti valide v. gr. equus, sed non fundus) (44). *b*) In rebus fungibilibus debet indicari

(37) D. 45, 1. de V. O. L. 27. pr. 35. § 1. 123.; D. 17, 1. mand. L. 3. § 3. 22. § 6.; D. 12, 5. de condict. ob turp. caus. L. 8.

(38) D. 35, 1. de condit. L. 71. § 1. L. 72. § 4.; D. 45, 1. de V. O. L. 134. pr.

(39) D. 45, 1. de V. O. L. 83. § 5.; D. 35, 1. de condit. L. 71. § 2.; D. 18, 1. de contrah. empt. L. 34. § 2.

(40) § 2. Inst. 3, 19.; D. 45, 1. de V. O. L. 83. § 5.

(41) D. 28, 7. de condit. iust. L. 9. Hue revocari potest conventio procuratoris, advocati, medici, qui super litis victoriam aut aegroti salutem lucrum facere nituntur.

(42) Excipiebantur quaedam conventiones lusoriae: cfr. D. 11, 5. de aleator. L. 2. § 1. L. 3. L. 4. pr. *Sponsionum* maximum erat usus penes romanos (Cfr. *Gaium* IV. 13, 14, 141, 165. sq., 171.). *Licitae* erant procul dubio extra ludos. Cfr. D. 12, 1. de reb. cred. L. 37.; D. 45, 1. de V. O. L. 108. pr. L. 129.

(43) Cfr. D. 2, 14. de pact. L. 7. § 3.; D. 12, 5. de condict. ob turp. caus. L. 1. L. 2. § 1. L. 9. pr.

(44) D. 45, 1. de V. O. L. 54. pr. L. 115. pr.; D. de legatis I. (30) L. 37.; D. 23, 3. de iure dot. L. 69. § 4.

saltem tacite quantitas (45). c) Praestatio habetur ut determinata, cum in ipsa conventionem habentur elementa necessaria ad illam determinationem faciendam, vel cum lex dat medium illam determinationem faciendi (46).

397. III. Debet praestatio respicere interesse creditoris, hoc enim videtur esse necessarium fundamentum ad hoc ut creditor constringere debitorem possit (47). Quare si factum tantum prodest tertiae personae, obligatio nulla est: nulla est respectu tertiae personae utpote conventioni extranea; nulla est respectu illius, cui promissio facta est, qui executionem exigere non potest, *alteri stipulari nemo potest.... ceterum ut alii detur, nihil interest mea* (D. 45, 1. de V. O. L. 38. § 17.). Quodsi ipsius, qui stipulatur, intersit alteri stipulari, valet stipulatio (Cfr. Inst. 3, 19. de inut. stipul. § 20.).

398. Scholion. Solet etiam dici quod necessarium sit, ut *factum* quod promittitur debeat posse aestimari pecunia. Quia in re primo loco tenendum est, nequaquam esse necessarium, ut interesse creditoris sit interesse pecuniarium, sed sufficere etiam simplicem delectationem vel affectionem; quare esset valida v. gr. obligatio a vicino suscepta mihi molestiam non afferendi musica aut cantu (48); quare iudicis erit prudenti arbitrio aestimare in singulis casibus an agatur de interesse probabili. — Quod autem interesse creditoris debeat posse aestimari pecunia communiter deducitur ex dicto *Ulpiani* (D. 40, 7. de statuliberis L. 9, § 2.) « *ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt* ». Ceterum res habet fundamentum historicum; nam debitor qui tenetur *fa-*

(45) D. 45, 1. de V. O. L. 94. L. 115. pr.

(46) V. gr. si pater promittit dotem non determinando valorem, supponitur enim dos congrua, quam lex definit; si quis promitteret quantum tertius debet solvere; si quantitas vel qualitas relinquitur arbitrio tertiae personae. Cfr. D. 23, 3. de inre dot. L. 69. § 4.; D. 45, 1. de V. O. L. 115.; D. 13, 4. de eo quod certo loco L. 2. § 5.

(47) Videtur esse contra rationem limitare in conventionem alterius libertatem sine propria probabili utilitate. Cfr. D. 2, 14. de pact. L. 61.; Inst. 3, 18. de inut. stipul. § 19.

(48) Cfr. D. 17, 1. mandati L. 54. pr.; D. 18, 7. de serv. exp. L. 6. pr. L. 7.

cere, in sua voluntate habet *executionem* obligationis, nec facile ad *facere* constringi potest. Iure antiquo in casu non executionis dabatur creditori *manus iniectio*, qui erat modus constringendi indirectus; sed cum ille modus constringendi nimium videretur durus, inductum est, quod debitor, ut se liberaret a constrictione personali, posset offerre creditori satisfactionem pecuniariam in defectu executionis. Inde primum fuit, ut talis satisfactio computaretur secundum interesse quod creditor haberet in praestatione recipienda, quae proinde debet esse aliquid quod pecunia moraliter aestimari possit, ut in casu inexecutionis poena pecuniaria compensari possit (49).

399. § IV. Debet respicere *factum debitoris*: « *nemo alienum factum promittendo obligatur* » (D. 45, 1. de V. O. L. 38. pr.); quia promittendo factum alterius promittens non consentit in se obligando (*de sua persona, de se promittere*) (D. 46, 1. de fideiuss. L. 65. D. 45, 1. L. 83. pr.). Quare illud principium patitur exceptionem, quoties factum alienum promittens vere intendat *se obligare*.

III. Contractuum variae species.

400. *Historia*. Si varii contractus essent exponendi secundum ordinem evolutionis historicae, facile distingui possent tres periodi, quae signant progressum evolutionis theoriae romanae contractuum. 1° habentur contractus *iuris civilis antiqui*, videlicet *nexum* seu mutuatio *per aes et libram*; *venditio* numerata pecunia facta, quae perficiebatur per *manicipationem* in qua pariter *aes* et *libra* locum habuit; *sponsio* sc. solemnisi, in qua obligatio nascebatur ex solemnibus verbis a creditore et debitore pronunciandis. — 2° Praedicti contractus potuerunt sufficere negotiis valde restrictis populi

(49) In memorato textu Ulpiani dicitur: « ea enim in obligatione consistere quae pecunia *lui* praestarique possunt »; quod verbum *lui* bene exprimit characterem *reparationis* pecuniariae. Non exequi obligationem erat *delictum*, quod exigebat *vindictam*, quam exercebat creditor per *manus iniunctionem*, et fuit deinde mutata in *compensationem* per modum *poenae*.

agriculturae dediti. Sed aucto commercio, necessitas orta est novorum contractuum: hi novi contractus *iuris civilis* pariter sicut priores fuerunt *solemnnes*, sunt autem *stipulatio*, quae erat extensio *sponsionis*, *mancipatio fiduciae causae* et *contractus litteris*. 3^o Cum solemnitas formae parum esset accommodata novis necessitatibus commercii, quod indiget celeritate et credito sive fiducia et maiore varietate in contractibus ineundis, cui parum apti erant *formales* contractus iuris civilis, *fides*, *bona fides* fuit fundamentum in quo innixae sunt novae contractuum species, quorum introductioni etiam favebant novae relationes cum aliis populis et praesertim cum graecis; quare ius civile facile admisit novas applicationes obligationis contractualis, quorum exemplum praebebat *ius gentium*; atque hi sunt contractus qui dicti sunt *bonae fidei*. Exortis contractibus bonae fidei, non statim disparuerunt antiqui contractus formales: manserunt adhuc *sponsio*, *stipulatio*, *mancipatio fiduciaria* et *contractus litteris*; *nexum* locum cessit *mutuo*, quod, quamvis contractus formalis non sit, numeratur tamen inter contractus stricti iuris. Antiquae venditioni (*mancipatio*) successit venditio contractus consensualis bonae fidei depromptus *ex iure gentium*.

401. Systema Romanum contractuum. Explicato ordine evolutionis, iam potest nunc brevi conspectu proponi systema romanum contractuum:

I. *Contractus*:

- a) verbales (*contractus verbis*).
- b) litterales (*contractus litteris*).
- c) reales (*contractus re*) = *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus*.
- d) consensuales (*contractus consensu*) = *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *mandatum* (50).
- e) contractus innominati (*do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*).

II. *Pacta*:

- a) *Pacta nuda*.

(50) Serius apparuit contractus *emphiteuseos*. Cfr. L. 1. C. 4, 66.

b, Pacta vestita (*pacta adiecta, pacta praetoria, pacta legitima*).

Priores duae classes contractuum continent contractus, qui solemnes erant apud romanos (*formales*): posteriores tres classes continent contractus non solemnes (*non formales*). Porro contractus *innominati* reducuntur ad *reales*, qui sunt nominati vel innominati, prout ipsis actio specialis pro unoquoque tribuitur, vel actio generalis *praescriptis verbis*.

IV. Divisiones generales contractuum.

402. Praeter divisiones enumeratas, aliae sunt hic commemorandae.

I. Contractus *bilaterales* et *unilaterales*. Contractus est *bilateralis* cum utraque pars sese alteri reciproce obligat (v. gr. emptio-venditio) et ideo in utraque parte resultat et *obligatio* et *ius*. In illis utraque pars duplicem personam sustinet et *debitoris* et *creditoris*, et consequenter duplex ex illis exurgit *actio directa*.

Unilaterales illi sunt, in quibus una pars se alteri obligat, quin haec vicissim se obliget priori (v. gr. mutuum). Inde una pars est exclusive *creditor*, habet ius: altera est exclusive *debitor*, ligatus obligatione; et inde directe unica actio resultat ex contractu, *actio directa* (v. gr. in *mutuo, condictio mutui* ad repetendam rem mutuo datam). — Accidit tamen nonnumquam, ut in contractu unilaterali debitor in exequenda obligatione patiatur damna aut faciat expensas, quas ex iustitia teneatur creditor compensare: tunc lex debitori concedit *actionem* ad obtinendam a creditore indemnitatem: quae actio cum ortum habeat ex factis contractui ipsi extrinsecis et cum ipso non necessario connexis non est directa et dicitur *actio contraria*. Ita contractus *depositi* producit obligationem reddendi rem depositam, ad quam repetendam habet *depositor* actionem directe ex ipso contractu ortam, *actio depositi directa*: si *depositorius* expensas facit ad necessariam conservationem rei depositae, lex ipsi concedit actionem ad repetendam refectionem expensarum, quae quia oritur ex deposito

dicitur etiam *actio depositi*, sed cum non directe et necessario ex ipso contractu, sed ex re accessoria contractui procedat, dicitur *actio depositi contraria* per oppositionem ad actionem *directam* ad solum depositorem pertinentem. Illa actio *contraria* plerumque habetur in illis contractibus, cuius immediatum obiectum est obligatio uni tantum parti imponenda: quibus in casibus contractus revera est *imperfecte* bilateralis seu *inaequaliter* synallagmaticus, quoniam debitor potest, quamvis *per accidens*, repetere *impensa* et *effusa* sive *in contrario iudicio* sive *in recto iudicio* et *iure pensationis* (cfr. *Gaium* in D. 13, 6. commod. L. 18. § 4.). Non tamen inde destruitur indoles propria contractus unilateralis, sed solum producuntur speciales effectus cum effectibus bilateralis contractus similes v. gr. *exceptio non adimpleti contractus*, *retentio*, *compensatio* tamquam *debitum cum re iunctum*.

II. Contractus *onerosi* et *gratuiti*. In prioribus quaelibet pars obtinet beneficium; in posterioribus una pars contrahens intendit alteri commodum seu beneficium sine compensatione ab altera parte praestita.

III. Contractus *principales* et *accessorii*. Priores per se subsistere possunt independenter ab alio; posteriores dependent ab alio contractu, cui accedunt, velut fideiussio.

IV. Iam dictum est *solemnnes* sive formales esse contractus, in quibus forma constituebat *causam civilem* obligationis; ceteros esse non solemnnes non formales.

V. Pariter dictum est esse contractus *stricti iuris* quos ius civile expresse admittebat tamquam fundatos in determinatis solemnitatibus v. gr. *stipulatio*, *mutuum*; *bonae fidei* esse illos contractus, qui, sive fundati sive non fundati essent in determinatis solemnitatibus, a iure civili solum fuerunt recogniti tamquam originem habentes *in iure gentium*, v. gr. *societas*, *commodatum* etc.

DE CONTRACTIBUS IN SPECIE.

403. Praenotiones. Sequendo ordinem evolutionis historicae prius esset agendum de contractibus *a iure civili* inductis (*sponsio*, *stipulatio*, *contractus litteris*), deinde de contractibus

desumptis *ex iure gentium*. Nihilominus *Gaius* (III. 89.) alium ordinem sequutus est, ubi loquens de obligationibus, quae ex contractu nascuntur, hunc ponit ordinem: « harum autem quatuor sunt genera: aut enim *re contrahitur obligatio*, aut *verbis*, aut *litteris*, aut *consensu* »: et inter *contractus re* dumtaxat enumerat *mutuum* (III. 90.) (51). Qui ordo facile etiam aptatur scientificae tractationi; ideo sine incommodo adhiberi potest.

De contractibus realibus (*contractus re*).

404. Contractus reales perficiuntur praestatione alicuius obiecti, ex qua in contrahente, qui hanc praestationem recipit, exurgit alia obligatio mutuam praestationem faciendi. Abrogata antiqua forma solemnitatis externae per mancipationem, nuda remansit obiecti praestatio mutuam obligationem in accipiente gignens.

CAPUT IV.

DE MUTUI DATIONE.

D. 12, I. de rebus creditis.

C. 4. 1. de rebus creditis et iur.

405. **Notio et historia.** Contractus mutui ita describitur a *Gaio* (III. 90.): « Mutui autem datio *proprie in his [fere] rebus contingit, quae pondere, numero, mensura constant: qualis est pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed alia eiusdem naturae reddantur unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est ex meo tuum fit* » (1).

(51) Idem autem *Gaius* in « liber rerum quotidianarum sive aurearum » (Cfr. *D. 44, 7. de oblig. et act. L. 1. § 3. sq.*) realium contractuum completam facit enumerationem.

(1) Cfr. quoque *Paulum* in *D. 12, 1 de reb. credit. L. 2. pr. et § 1.*

Res consistit hic in translatione proprietatis, *mutui datio*, quae fit per traditionem; et *tradens* fit creditor *accipientis* (2).

Praesertim apud antiquos romanos pecunia in contractum mutui veniebat et praestatio pecuniae fieri debebat per solemnem formam *mancipationis*. Porro cum antiqui romani pro pecunia adhiberent *aes rude*, pensio aeris erat necessaria: hinc mutuum fiebat per actum solemnem, quo *libripens* pendebat *libra aes* mutuo dandum coram quinque saltem testibus civibus romanis puberibus: eodem tempore, quo solemnis pensio fieret, verba solemnia (*nuncupatio*) erant recitanda, ut videtur, a mutuuario (3). Pensio aeris et *nuncupatio* erant actus solemnes mutationis, quae dicebatur *nexum* (4). Effectus nexi videtur fuisse, ut mutuans posset procedere sine praevio iudicio contra mutuatarium non solventem *per manus iniunctionem*, qua debitum contractum in persona luebatur (*pecuniae creditae corpus obnoxium*), cum posset creditor debitorem detinere in carcere domestico et nisi hic reperisset, qui pro se solveret, poterat eum in servum vendere aut occidere. — Introduta pecunia proprie tali, *aes signatum*, et praesertim introductis monetis auri et argenti, formalitas externa pendendi, etsi iam inutilis, fuit nihilominus retenta, tum propter studium romanorum tenaciter ad-

(2) Ius rom. non habet vocabulum technicum ad designandas partes (nunc dicuntur *mutuans* et *mutuarius*); ipse contractus non habet *nomen* et vox *mutuum*, quae adhibetur ad illum designandum, *proprie* significat res traditas non ipsam operationem iuridicam. Cit. L. 2. pr. et § 1. D. 12, 1.

(3) Certum videtur ab una sola parte *verba certa* pronuntiari. Ergo hic videtur quod mutuarius esset qui formulam pronuntiabat. qua se ligabat et in qua continebatur *damnatio* per quam in antecessum se subiiciebat *manus iniunctioni* ni stato tempore solvisset (*Gaius* IV. 21.).

Id etiam videtur probari formula, qua fiebat *nexi liberatio*: *verba contraria* pronuntianda a debitore ut se liberaret, indicant ab eodem esse pronuntiata *verba directa*, quae ortum dederunt obligationi (Cfr. *Gaium* III. 174. 175.). Satis communiter admittitur verba solemnia pronuntiari a creditore; cfr. *Girard*, Manuel element. du droit romain pag. 476, 480.

(4) Generice tamen *nexum* significavit omne quod per *aes et libram* geritur. Cfr. *Cogliolo*, Manuale delle fonti del diritto romano, pag. 828.; *Girard* l. c. pag. 474, sq.

haerendi antiquis moribus, tum quia creditoribus erat commodum illud medium debitorem constringendi sine praevio iudicio: pecunia vero solvebatur sive ante sive post illam cerimoniam fictitiam: nihilominus propter necessitatem cerimoniae peragendae permansit natura contractus *formalis*; sed illa mutuatio pecuniae per *aes et libram (nexum)* deinde locum cessit *mutuo*, ubi simplex traditio et receptio pecuniae gignit obligationem. Hic actus sine forma (non sollemnis), initio proprius peregrinorum, qui *in nexu*, actu *quiritorio*, partem habere non poterant, permansit aliquo tempore simul cum *nexu*; sed cum lex *Paetilia Papiria* (dimidio saec. V.) sustulisset creditoribus facultatem procedendi per constrictio-nem corporalem sine praevio iudicio, inutilis facta est creditoribus observatio sollemnitis *per aes et libram* atque ita *nexum* in desuetudinem abiit, in cuius locum subintravit *mutuum iuris gentium*, quod tamen apud romanos rigidum quaedam retinuit characterem prae aliis contractibus *iuris gentium* quasi vestigium quoddam antiqui nexi.

406. *Natura et elementa contr. mutui.* Mutuum est contractus realis, stricti iuris, unilateralis (5), quo quis rerum fungibilium quantitatem alteri tradit ea lege, ut tantundem in eadem specie et qualitate restituat (6). Praecipuus character huius contractus consistit in dominii translatione de uno in alium contrahentem: requisita contractus versantur circa subiectum, obiectum vel vinculum.

Subiectum activum seu mutuans debet: *a)* habere capacitatem alienandi. Incapax mutuando dominium rei non tradit, ideoque potest ipsam vindicare vel condicere si consumpta sit (7); *b)* habere dominium rei mutuandae, quo deficiente

(5) Id quidem iure romano: natura mutui inspecta potius bilateralis imperfectus dicendus esset, quia etiam in mutuante exurgere potest obligatio propter damnum quod ex re mutuata mutuatarius pati potest. Ergo in hoc casu mutuatarius iure romano non potest agere nisi remediis ordinariis ad refectionem damni v. gr. actione doli, actione legis Aquiliae, exclusa actione *contraria* ex contractu indirecte orta.

(6) *Gaius* III. 90.; Inst. 3, 14. quib. mod. re contr. oblig. pr.; D. 12, 1. de reb. cred. L. 2. pr. et § 1. 2.

(7) *Gaius* II. 82. III. 82.; Inst. 2, 8. quib. alien. licet § 2.; D. 26, 8.

non existit mutuum neque actio mutui, ideoque verus dominus potest rem vindicare. Excipiuntur casus, in quibus mutuum confirmatur, sive quia mutuatarius sibi dominium comparavit (v. gr. praescriptione, confusione etc.), sive quia rem consumpsit bona fide (8).

Subiectum passivum debet esse capax sese obligandi, qua capacitate v. gr. in impubere deficiente (9), non existit neque mutuum neque actio mutui: at de eo quo locupletior factus sit, is cui mutuum datum est tenebitur per actionem in factum.

Obiectum debet esse res tum fungibilis tum restitutionis capax in eadem specie et qualitate (10).

de auct. tutoris L. 9. pr. Quodsi res mala fide fuerit consumpta, locus erit etiam actioni ad exhibendum, cit. § 2. Inst.; D. 12, 1. de reb. cred. L. 11. § 2. Non desunt interpretes, qui teneant mutuum ab incapaci initum valorem habere, si mutuatarius erat in bona fide.

(8) D. 12, 1. de reb. credit. L. 11. § 2. L. 13. pr. et § 1. L. 19. § 1.; D. 44, 7. de oblig. et act. L. 24. pr. et § 2. — Videlicet dominus rei in casu confusionis vel usucapionis amittit dominium; in casu consumptionis actio mutui conceditur tradenti rem, sed ipsam cedere debet domino, qui eam exigere potest per actionem in factum.

(9) Speciales incapacitates quoad mutui conventionem referuntur in D. 12, 1. de reb. cred. L. 27. iunct. L. 31. § 1.; C. 4, 2, si certum pet. L. 16.; Nov. 120, cap. 6, 3.

(10) Textus loquuntur de rebus, quae pondere, numero, mensura constant (Gaius III. 90.; Paulus in D. 12, 1. de reb. cred. L. 2. § 1.): in specie enumerant: pecuniam numeratam, vinum, oleum, fruges, cetera alimenta, metallum etc. — Sed ut dicit Paulus (D. 18, 1. de contr. empt. L. 40. § 2.) etiam agri aestimantur mensura et secundum mensuram venduntur, qui tamen absurde dicerentur obiectum mutui. Illa ergo indicatio generica est complenda per ea quae Paulus addit citata. L. 2. D. h. t. « res quae magis in suo genere functionem recipiunt per solutionem, quam in specie » i. e. res fungibiles, ideoque « mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus, sed idem genus ». Fungi autem latinis est vicem aliquam sustinere, locum subire seu implere et tam de rebus quam de personis dicitur. Quare character essentialis rerum, quae possunt esse obiectum mutui, stat in hoc, quod aliae res eiusdem speciei, qualitatis et quantitatis (ideo aliqua ratione debent posse aestimari pondere, numero, vel mensura) possunt illas subrogare, quin creditor inde ullum damnum patiatur, quia tantundem ex eodem genere, nobis idem est in relatione ad patrimonium nostrum.

Vinculum mutui contrahitur per *rei traditionem* cum intentione dominium transferendi; et *vinculum* exurgit ex ipsa re; nam conventio de mutuando non gignit nisi obligationem futuri mutui ineundi (cfr. L. 30. D. h. t.), quae, ut vim civilem obligandi habeat, debet fieri per stipulationem. — Traditio non necessario debet esse materialis, sed sufficit etiam illa, quae dicitur *brevis manu et constitutum possessorium* et potest fieri etiam per *mandatarium* (11).

407. *Effectus*. I. Cum mutuum sit contractus unilateralis, unam obligationem gignens ex parte mutuatarii, unice actioni dat locum sc. favore mutuantis, *condictio certi*, *actio mutui*, quae etiam dicitur *actio pecuniae creditae* si agitur de mutuo pecuniae et *condictio triticiaria* si de aliis rebus (12); est autem illa actio stricti iuris.

II. Mutuarius tenetur id restituere quod accepit, adveniente constituta die, si conventa fuerit, vel in defectu constitutionis diei ad mutuantis petitionem congruo tempore factam (13). Item restitutio debet fieri loco convento, si conventum fuerit, secus loco congruo. — *Cusus* pertinet ad mutuatarium, quia agitur de praestatione rerum fungibilium, quae debentur *in genere* (14); at vicissim mutuans tenetur compensare damna mutuatarii ob vitia rei mutuo datae.

III. *Probatio* mutui secundum principia generalia incumbit mutuanti et fieri potest mediis ordinariis. Nihilominus habetur

(11) Quare habetur traditio: 1^o si debitor ex commissione vel nomine creditoris dat mutuo summam, quam ipsi debet, 2^o si quis alteri dat res ut eas vendat et retineat pretium titulo mutui, 3^o si deponens convenit cum depositario, ut is possit uti summa, quam habebat in depositum. D. h. t. (12. 1.) L. 9. § 9. Fragmentum 34. pr. Mandati (17. 1.) secundum quod in duobus prioribus casibus non habetur mutuum, pertinet ad iuriconsultum *Africanum*, qui eo tempore vixit, quo nondum plene evoluta erat theoria acquisitionis possessionis per *mandatarium*. Cfr. L. 9. § 8. D. h. t. 12. 1.; *Arndts-Serafini* II. 280. n. 7.; *Glueck* 12, 11., 15, 155.; *Gasparolo*, De obligat. P. II. pag. 406.

(12) Inst. 3, 14. quib. mod. re contr. pr.: D. 12, 1. de reb. credit. L. 9.; C. 7, 53. quibus non obic. long. temp. L. 5.

(13) Cfr. D. 50, 17. de R. l. L. 14.; D. 46, 3. de solut. L. 94. § 1.; *Arndts-Serafini*, I. § 107. not. 5.

(14) D. 44, 7. de O. et A. L. 1. § 4.

regula specialis pro recognitione scripta mutui facta a mutuatario in chirographo mutui: nam haec recognitio non facit fidem nisi post duos annos (15): quare hoc medio tempore mutuatarius potest negando, mutuam pecuniam sibi numeratam fuisse, mutuantem obligare ad probandam praestationem alia ratione: quae denegatio est mera quaedam *litis contestatio negativa*, qua negatur fundamentum actionis, non est vera et propria exceptio, licet in fontibus dicatur *exceptio non numeratae pecuniae* (16). — Mutuatarius durante biennio potest etiam directe agere ad chirographi restitutionem per conductionem causa data causa non secuta (17), vel protestari iudicialiter aut extra iudicium pro casuum diversitate (18). — Si vero mutuarius chirographum expresse aut tacite confirmavit, iam illud infirmare non potest (19).

Speciales formae mutui.

408. Fenus — fenori dare. Mutuum, cui adiungitur conventio de solvendis *usuris*, dicitur *fenus* (cfr. *Festum* v. *fenus*). *Usurae* autem sunt quidquid ultra *sortem*,¹ *caput*, reddi debet. Cum esset principium, mutuatarium non aliter teneri nisi *quatenus datum sit*, obligatio solvendi usuras non poterat nasci ex contractu mutui; ergo ut illae deberentur, opus erat speciali conventionem adiuncta mutuo, qua mutuatarius se obligaret ad illas solvendas; quae conventio apud romanos legitima habita est. Sed quamdiu illa conventio erat simplex pactio, obligatio *civilis* non exurgebat, quia *nuda pactio obligationem non parit* (20); ut ergo civilis obligatio gigneretur

(15) Supponitur quod saepe mutuatarius signat chirographum antequam accipiat praestationem, quae deinde potest non sequi.

(16) Cfr. L. 14. pr. C. de non num. pec. 4, 30. Tempus biennii non currit contra minores, sed maiori aetate adepta. L. 5. C. II. 40.

(17) L. 4. C. IV. 9.; L. 7. C. II. 40.

(18) L. 14. § 4. C. IV. 30.

(19) L. 4. C. IV. 30. cfr. L. 5. L. 14. § 1. C. ibid. *Arndts-Serafini* II. 281. n. 6. 2.

(20) Simplex tamen pactum fuit sufficiens, quando agebatur de mutuo dato civitati, vel de praestatione frumenti aut aliorum alimento-

erat necessaria *stipulatio*: « *pecuniae quidem creditae usuras, nisi in stipulationem deductas non deberi* » (D. 19, 5. de praescript. verb. L. 24; *Paulus*, Sent. II. 14. § 1.). — Maximae usurae quae per stipulationem exigi poterant, erant 12 % tempore imperii (21); sed a Iustiniano reductae sunt ad 6 % quoad mutationem pecuniae. —

409. Fenus nauticum. In usu erat in commercio maritimo: pecunia mutuo data inservire debebat ad reddendas faciles operationes illius commercii, sive mutuatarius vellet merces, pecunia mutuo accepta emptas, trans mare vehere, siveolvere debita ibidem antea contracta. Propter hanc causam pecunia accepta mutuo dicebatur *pecunia traiecitia*, et *fenus* dictum *nauticum* in hoc differebat ab ordinario *mutuo*: 1° casus fortuitus pertinebat ad mutantem (*pecuniae periculo creditoris navigant*) D. h. t. l. 1. 2° Simplex pactum erat sufficiens ad obligationem civilem solvendi usuras. D. h. t. L. 5. § 1. L. 7. — 3° poterant exigi usurae supra taxam legalem (*Paulus*, sent. II. 14. § 3.); sed a Iustiniano limes maximus statutus est 12 %.

410. Mutua pecunia filiofamilias data. Filiifamilias poterant se civiliter obligare in contractibus, sed cum non haberent

rum, vel de rebus trans mare asportandis (*pecunia traiecitia*). C. 4, 32. de usur. L. 11.; D. 22, 1. de usuris L. 30.; D. 22, 2. de naut. fenor. L. 5. § 1. L. 7. — Etiam in aliis casibus ex nonnullorum interpretum sententia, nudum pactum dat locum obligationi naturali solvendi usuras, quae existeret etiam quando de ipsis nihil expresse conventum fuerit. Cfr. D. 46, 3. de solut. L. 5. § 2.; D. 12, 6. de cond. ind. L. 26.; D. 20, 2. in quib. caus. pign. ac. L. 8.

(21) Videlicet usurae maximae, quae stipulatione exigi poterant, erant *centesimae* (i. e. in singulos menses, ideoque 12 %). Constituebant quasi usurarium assem (12 unciiis constantem) seu unitatem, ad quam leviores referebantur. Inde appellationes: *fenus ex deunce* seu usurae *deunces* ($\frac{11}{12}$) = 11 %; *ex dextante* ($\frac{10}{12}$) = 10 %; *ex dotrante* ($\frac{9}{12}$) = 9 %; *ex bessale* ($\frac{8}{12}$) = 8 %; *ex septunce* ($\frac{7}{12}$) = 7 %; *ex semisse* ($\frac{6}{12}$) = 6 %; *ex quinnounce* ($\frac{5}{12}$) = 5 %; *ex triente* ($\frac{4}{12} = \frac{1}{3}$) = 4 %; *ex quadrante* ($\frac{3}{12} = \frac{1}{4}$) = 3 %; *ex sextante* ($\frac{2}{12} = \frac{1}{6}$) = 2 %; *ex uncia* seu *unciariae* ($\frac{1}{12}$) = 1 %. — Tamen statim atque usurarum summa debita adaequabat *sortem*, ut post centenos menses usurae centesimae, usurae finiebantur, ita ut *supra duplum* usurae peti non possent. Cfr. D. 12, 6 de cond. indeb. L. 26. § 1.; D. 22, 2. de nautico fenore L. 4. § 1.

proprium patrimonium, non facile inveniebant qui vellent fieri eorum creditores: facile tamen reperiebant a quibus acciperent mutuas pecunias, sed sub conditione maxime onerosa, cum creditores ut solutionem reciperent saepe deberent expectare patris decessum: inde etiam filiisfamilias praebebatur occasio captandi mortem patris (cfr. Inst. IV. 7. quod cum eo § 7.). Ea res provocavit interventum senatus, a quo sub imperio Claudii prodiit senatusconsultum sic dictum *Macedonianum* (22), quod sub Vespasiano innovatum est, per quod personis sub patria potestate constitutis auferebatur capacitas se civiliter obligandi causa mutui (23); inde novum inductum est ius his principiis ex interpretatione iurisconsultorum contentum:

1^o Incapacitas contrahendi mutuum afficit filiosfamilias, i. e. omnes descendentes potestati patriae subiectos, nullo discrimine facto gradus, sexus, dignitatis vel aetatis (24); sed restringitur ad mutuum pecuniae (25).

2^o Ex mutuo contra SC. contracto oriebatur obligatio a lege reprobata, et actio inde orta reddebatur inefficax *exceptione SC. Macedoniani*. Illa exceptio in odium creditoris introducta solum destruit elementum civile obligationis, manente obligatione naturali (26). Poterat autem opponi non

(22) SC. *Macedonianum* dictum est quia *Macedo* erat nomen filiofamilias, qui patrem occiderat ut haberet quo solveret mutuanti, vel erat nomen usurarii, qui illi filiofamilias mutuas pecunias dederat.

(23) D. 14, 6. de SC. Maced. L. 1. pr. En verba SC.: « Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam (ne quid amplius diceretur), incertis nominibus crederet, placere ne cui, qui filiofamilias pecuniam mutuam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitione daretur, ut scirent qui pessimo exemplo fenerarent, nullius posse filiofamilias bonum nomen expectata patris morte fieri ».

(24) D. h. t. L. 1. § 3. L. 9. § 2. L. 14.

(25) D. h. t. L. 1. pr. L. 3. § 2. L. 7. pr. et § 1. 3. — Cadunt tamen sub SC. alii actus diversi a mutuo, qui sint electi ad evadendam legem. D. h. t. L. 3. § 3. L. 7. § 3.

(26) D. h. t. L. 10. Quare mutuatarius non poterat repetere ut indebitum quod ratione mutui solvisset.

solum a mutuatario, etiam postquam iam factus esset *sui iuris*, eiusque haeredibus, sed etiam a patre, quem creditor conveniret *actione peculii* (27), a fideiussoribus et aliis hac in re pro filiofamilias intercedentibus (28).

3º *Cessabat* SC. Macedoniani beneficium: A. *absolute*: a) si paterfamilias mutuo expresse vel tacite consensisset vel ipsum ratum habuisset (29) — b) si mutuum in rem patrisfamilias utiliter verum fuisset (30) vel in extinctionem debiti a filio contracti et civiliter efficacis (31) — c) si mutuatarius tempore initi mutui esset miles (32) — d) si mutuans causam excusabilis ignorantiae circa qualitatem mutuatarii filiofamilias habuisset (33) — B. *relative* seu pro solo filio cessabat: a) si hic *sui iuris* factus beneficio renuntiasset seu mutuum expresse vel tacite ratum habuisset (34) — b) si peculium castrense aut quasi-castrense haberet, quo casu manebat obligatus usque ad peculii quantitatem (35).

CAPUT V.

DE COMMODATO, DEPOSITO ET PIGNORE.

411. *Historica evolutio*. Hi tres contractus, licet *re* initi, a *mutuo* valde differunt: *accipiens* non acquirit rei proprietatem, unde eam reddere debet *in specie*; quae restitutio exigipotest per actionem *bonae fidei*, habentem nomen contractus, quem sancit. Sed ad hoc nonnisi gradatim ventum est. Initio traditio rei cum conventionem eam restituendi erat insufficientis ad gignendam obligationem *civilem in accipiente*:

(27) D. h. t. L. 7. § 10. L. 9. § 3.; Inst. 4, 7. qui cum eo § 7.

(28) D. h. t. L. 9. § 3.

(29) D. h. t. L. 7. § 15. L. 9. § 3. L. 12. L. 16.; C. 4, 28. ad SC. Mac. L. 2. 4. 7. pr.

(30) D. h. t. L. 7. § 12. L. 13. 17.; Nov. 115. cap. 3. § 13.

(31) D. h. t. L. 7. § 14.

(32) C. 4, 28. ad SC. Mac. L. 7. § 1.

(33) D. h. t. L. 3. pr. L. 19.; C. h. t. L. 2.

(34) C. h. t. L. 2. Cfr. L. 7. § 16. L. 9. pr. D. h. t.

(35) D. h. t. L. 1. § 3. L. 2.

erat merum factum tutela iuridica destitutum solam obligationem *moralem* producens. Creditor rem tradebat *ex fide* personae, *fidem alienam* secutus; sed iure romano antiquissimo, relationes iuridicae *in fide* fundatae praesidio sanctionis legalis caruere. Ius praetorium, hic sicut in aliis casibus supplens ius civile, *tradenti* concessit actionem *in factum* ad obtinendam restitutionem; unde illi tres actus iuridici deveniunt *pacta praetoria*.

Conversio horum pactorum in veros contractus videtur esse facta ad imitationem *fiduciae* (cfr. *Gaius* II. 59. 60.). Sane commodatum, depositum et pignus fieri poterant transferendo in accipientem rei proprietatem per *mancipationem* vel *in iure cessionem*, cui adiungebatur pactum iterum transferendi proprietatem *in tradentem* (post usum in *commodato*, ad quamlibet petitionem tradentis in *deposito*, post solutionem debiti in *pignore*); quod pactum dicebatur *fiducia*, *pactum fiduciae* (*Gaius* l. c.; *Paulus*, Sent. II. 13) (1). *Accipiens*, cum fieret proprietarius, poterat contra tertium rem defendere omnibus actionibus, quae competunt proprietario (2). *Tradenti* vero ex alia parte res minus erat commoda, quia deinde ab accipiente rem non poterat vindicare *ut propriam* sed tamquam *a creditore*; atque initio non erat munitus actione (3), deinde vero ipsi data actio (*praetoria*) *in factum*, quae paulatim conversa est in actionem *in ius* sc. orta est *actio fiduciae (directa)*, qua iudici dabatur facultas aestimandi, an debitor in re restituenda suam obligationem *ex bona fide* implesset. Tunc quoque ipsi accipienti data est actio ad obtinendam indemnitatem propter damna ex detentione rei passa, *actio fiduciae contraria*, quae pariter erat *bonae fidei*.

(1) In commodato et deposito fiducia dicitur *cum amico*, in pignore *cum creditore*.

(2) Hinc dicit *Gaius* II, 60.: fiducia habet locum *cum amico*, quo *tutius nostrae res apud eum sint*.

(3) Tamen videtur quod acquiritor fiduciarius debebat solemniter declarare se rem acquirere *fidei fiduciae causa*; quare in casu negatae restitutionis manifeste apparebat eius *mala fides*; qua ratione creditor securiorem habebat cautionem quam per traditionem cum simplici pacto.

Inde iam habemus in *fiducia* factum transitum ad *verum contractum* iuris civilis, qui initur *re* et est *solemnis*: nam si obligatio restitutionis resultat ex pacto (non solemnī), traditio rei debuit fieri modo solemnī. Inde factum est, ut ipsum *simplex pactum* connexum cum traditione rei haberetur ut actus iuris, qui daret ortum obligationi fundatae in *bona fide* et iure civili sancitae; aliis verbis ut haberetur ut verus contractus iuris civilis, qui in hoc differebat a *fiducia*, quod non esset actus solemnīs nec transferret rei proprietatem in *accipientem*. Sicut fiducia, producebat duplicem actionem, unam *directam* et alteram *contrariam* (contractus synallagmaticus *imperfectus*); utraque erat *bonae fidei* et habebat nomen ipsius contractus.

§ 1. DE COMMODATO.

D. 13, 6. commodati vel contra.

C. 4, 23. de commodato

412. *Notio.* *Commodatum* est contractus realis, quo res non fungibilis ad *certum usum* et tempus *gratis* conceditur ea lege, ut illo finito eadem reddatur *in specie* (4). *Tradens* (commodator) *in accipientem* (commodatarium) rei dominium aut aliud *ius in re* non transfert, immo nequidem *iustam* seu *civilem possessionem* (5), sed rem permittit commodatario ad usum conventionē determinatum, non habetur *rei datio* sed *rei traditio*.

413. *Requisita* sunt: 1° utraque pars (cum sit contractus bilateralis imperfectus) debet habere capacitatem sese obligandi, et commodans capacitatem disponendi de re, licet non habeat dominium et capacitatem alienandi, quia in commodato non continetur alienatio (6).

2° traditio rei, cum sit contractus realis, qui perficitur traditione. Promissio dandi in commodatum, si facta fuerit

(4) Cfr. § 2. Inst. quib. mod. re contr. 3, 14.

(5) Cfr. Gay, *Éléments de droit romain*. n. 107.

(6) Cit. § 2. Inst.; D. h. t. L. 1. § 2. L. 8. 9. 15. 16.

solemni forma *stipulationis*, dat locum actioni ad postulandam impletionem, *actio ex stipulatu*.

3^o obiectum debet esse res corporalis (7) sive mobilis sive immobilis (8), quae non sit consumptibilis saltem per illum usum ad quem datur, secus illius redditio *in specie* esset impossibilis (9).

4^o *gratuitas* usus: obligatio solvendi pretium suscepta a commodatario mutaret naturam contractus et fieret locatio vel contractus innominatus (10).

5^o determinatio usus, ad quem res datur, quae fieri potest indicando naturam et durationem vel solum tempus: ubi usus non esset determinatus potius haberetur precarium quam commodatum.

414. *Effectus*. Cum sit contractus bilateralis imperfectus, *directe* gignit *obligationem* in commodatario; in commodante vero *actionem* ad obtinendam eius impletionem, *actio commodati directa*. *Indirecte*, occasione commodati, etiam in commodante oritur obligatio et commodatario datur actio, *actio commodati contraria*. Per hunc contractum non transit dominium rei, immo nec simplex possessio, sed tantum detentio.

I. *Obligationes commodatariorum*. 1^o debet in usu rei servare limites expresse in ipsa conventionione praescripti aut tacite ex ipsa naturali destinatione indicati (11).

(7) Quare concessio gratuita exercitii alicuius *iuris* v. gr. servitutis erit contractus innominatus vel precarium, non commodatum. D. 43, 26. de precar. L. 2. 15. § 2.

(8) Iure romano antiquo commodatum erat solum de rebus mobilibus, sed iam iure classico et multo magis iure Iustiniano extensum fuit ad immobilia. D. h. t. L. 1. § 1.

(9) Principium generale iam in ipso textu continet exceptionem, sc. cum usus, ad quem datur, non importat absumptionem; quare potest commodari pecunia *ad pompam*, *ad ostentationem*. D. h. t. L. 3. § 6. L. 4.

(10) D. h. t. L. 5. § 12.; D. 19, 5. de praeser. verb. L. 17. § 3.

(11) D. h. t. L. 5. § 7.; Arg. Inst. § 5. de locat. et cond. 3, 25. Secus haberetur furtum usus. D. h. t. L. 5. § 8.; D. 47, 2. de furtis L. 40. et *casus* pertineret ad ipsum commodatarium. D. h. t. L. 5. § 7. L. 10. pr. L. 18. pr.

2^o rem custodire eiusque accessoria adhibendo diligentiam boni patrisfamilias. Respondet de omni gradu *culpae* (12); sed non respondet de *casu*, nisi rem adhibuerit in alium usum contra conventionem (13) vel res fuisset *aestimata* et commodatarius sese obligasset ad praestandam rem vel eius aestimationem (14).

3^o Post usum conventum vel elapso termino praescripto, debet restituere rem cum omni accessione; quodsi rem amplius non habeat et aestimatio pro hoc casu intercessit debet praestare eius aestimationem (15).

II. *Obligationes commodantis*. Ex natura contractus non potest rem repetere, nisi postquam ius eam retinendi cessavit in commodatario: hic antea petenti posset opponere *actionem commodati contrariam*. Praeterea: 1^o tenetur reficere commodatario expensas necessarias et extraordinarias, quae non sint conditio naturalis usus rei (ut esset v. gr. nutrimentum dandum equo in commodatum accepto. D. h. t. L. 18. § 2).

2^o debet respondere de dolo et culpa lata, ideoque reficere damnum a commodatario passum ob vitia occulta rei scienter non detecta. D. h. t. L. 5. § 2. L. 16. § 1. L. 17. § 3. L. 18. § 3. L. 22.

3^o Si propter rei amissionem, a commodatario fuerit praestitus eius valor seu aestimatio, illum restituere commodans tenetur si postea rem recuperaverit. D. h. t. L. 17. § 5. 13 pr. Si res non fuerit recuperata commodatarius habet ius ut sibi cedantur actiones, quibus possit uti contra tertias personas. D. 42, 1. de re iudic. L. 12.

(12) D. 50, 17. De R. I. L. 23.; § 2. Inst. quib. mod. re. 3, 14. Ob contrariam rationem commodatarius solum tenetur de culpa *lata* si commodatum factum fuerit in utilitatem commodantis, ut fieri haud raro potest. D. h. t. L. 5. § 10. L. 18. pr.

(13) D. h. t. L. 5. § 4.

(14) Ergo praestatio diligentiae augeri (aut etiam diminui) per pactum poterat. Communiter in eo casu fiebat rei aestimatio, ut sciretur quantum commodatarius praestare deberet in casu quo res eius culpa periret. D. h. t. L. 5. § 3. Cfr. *Arndts-Serafini* II. 284. n. 8.

(15) D. h. t. L. 5. pr. L. 13. § 1. L. 17. § 3. Si plures sint commodarii num teneantur in solidum quoad rei restitutionem, controversitur. Cfr. *Arndts-Serafini* II. 284. n. 8. 9.

§ 2. DE DEPOSITO

D. 16, 3. *depositi vel contra.*C. 4, 34. *depositi.*

415. *Notio.* — *Depositum* est contractus re initus (bilateralis imperfectus), quo quis (*deponens*) rem mobilem alteri (*depositario*) tradit, qui eam gratis custodire debet et in specie restituere.

416. *Requisita.* I. *Subiectum.* Sive deponens sive depositarius debent habere capacitatem sese obligandi, quia agitur de contractu bilateralis imperfecto; sed non requiritur quod deponens habeat rei depositae dominium, quia hoc dominium in depositarium transferri non debet (16).

II. *Obiectum* est quaecumque res *mobilis*; rei enim *immobili* datur *custos*, qui, si gratis hoc officium adimpleat, mandatario aequiparatur (17).

III. *Vinculum*, cum sit contractus re initus, inducitur traditione rei. Conventio de contractu depositi ineundo non respicit nisi futurum et vim iuridicam habet si intercessit stipulatio. Est autem contractus gratuitus ideoque cum intentione gratuitae custodiae perfici debet, secus transiret in contractum innominatum (18).

417. *Effectus.* Cum sit contractus bilateralis imperfectus, *directe* producit obligationem in depositario, ad cuius implementationem exigendam habet deponens *actionem depositi directam*; *indirecte* vero etiam in deponente obligationem gignit, et ratione illius habet depositarius *actionem depositi contrariam* (19).

(16) D. h. t. L. 1. § 39.; D. 5, 1. de indic. L. 64. pr. Immo nec possessio, sed simplex detentio in depositarium transit. Generatim tamen necessarium est, ut res non sit propria depositarii, quia non potest habere seriam intentionem rem suam custodiendi nomine alieno; nisi agatur de re, in quam alter habeat ius utendi vel possidendi.

(17) D. h. t. L. 1. § 12.; D. 23, 3. de iure dotium L. 9. § 3. Sunt tamen interpretes qui etiam immobilium depositum admittant. Cfr. *Arndts Serafini* II. 285. n. 3.

(18) D. h. t. L. 1. § 8. 9.

(19) D. h. t. L. 5. pr.; D. 44, 7. de oblig. et act. L. 1. § 5.

I. *Obligationes depositarii*. 1^o rem custodire tenetur ea diligentia, qua res proprias: quare tenetur praestare dolum et culpam latam non autem casum fortuitum (20), et si propter dolum condemnatur, incurrit infamiam.

2^o tenetur rem cum omni causa et accessione restituere (21) ad petitionem deponentis, etsi nondum elapsum sit tempus depositi conventum, dies enim adiecta censetur favore deponentis (D. h. t. L. 1. § 22. 45. 46.). Restitutio facienda est deponenti, etsi proprietarius non sit (D. h. t. L. 1. § 62.), nec depositarius restitutionem detrectare potest titulo compensationis vel iure retentionis vel allegando acquisitionem proprietatis rei post depositum factam (22).

II. *Obligationes deponentis*. 1^o tenetur reficere expensas necessarias et generatim loquendo expensas utiles a depositario factas.

2^o damnum praestare, si quod ex re deposita depositario advenerit.

3^o reddere indemnem depositarium, qui, ob amissam sine culpa rem, eius solvit aestimationem, si postea haec a deponente recuperetur.

418. Scholion: De specialibus quibusdam depositis.

A. **Depositum necessarium** (*miserabile*) illud est, quod quis facit occasione alicuius gravis discriminis in quo res versatur, in quo deponenti non adest plene libera facultas eligendi depositarium v. gr. in incendio, naufragio, inundatione. Habet hoc speciale, quod depositarius, qui per dolum neget depositum, condemnatur in duplum (23).

B. **Depositum irregulare** illud est, quo deponuntur apud aliquem res fungibiles cum obligatione *tantundem reddendi*, i. e. non rem depositam in natura, sed tantundem eiusdem

(20) Etiam de casu fortuito tenetur, si res usus est, quo casu etiam poenam furti incurrit si alia requisita huius delicti concurrant. D. h. t. L. 1. § 25., L. 29.; § 6. Inst. de obligat. ex del. 4, 1.

(21) D. h. t. L. 1. § 24. 41.

(22) At restitutio non est facienda si tempore initi depositi depositarius iam erat rei dominus: eo enim casu depositum erat nullum.

(23) Inst. 4, 6. de act. § 17. 23. 26.; D. h. t. L. 4. § 1. 2. 4. L. 18.

generis et qualitatis. Res ita depositae transeunt in dominium depositarii, penes quem est periculum rei si res depereat aut deterior fiat; unde habet maximam similitudinem cum mutuo. Conservat nihilominus naturam depositi (24) et dat locum *actioni directae depositi*. Hoc tamen habet singulare, quod deponens nequit ante tempus constitutum rem depositam repetere, et quod usurae debentur quoque ex pacto nudo (25). Porro ex intentione seu voluntate partium desumendum est, quando sit depositum irregulare, quando mutuum (26).

C. **Sequestrum.** Depositum vocatur sequestrum, cum res, circa quam plures personae praetendunt habere iura inter se opposita, deponitur penes tertiam personam, quae illam custodiat et se obliget ad illam restituendam habenti ius (27).

In genere quae valent de deposito valent etiam de *sequestro*, ex quo etiam dicitur *actio sequestrataria*. — Differt tamen a deposito regulari: — a) ratione *subiecti*, quod multiplex est, saltem non unius solum interest depositum sed plu-

(24) D. h. t. L. 24. 25. § 1. L. 26. § 1. Hic erat modus, quo passim Romani deponebant suas pecunias apud argentarios, dando ipsis facultatem illis utendi cum obligatione reddendi summam aequivalentem. Initio fuit difficultas in admittendo in hoc casu depositum, ex eo quod accipiens haberet ius utendi re nec teneretur eam reddere *in specie*: «*egreditur ea res depositi notissimos terminos*» (cfr. dictum Papiniani et Pauli L. 24. L. 26. § 1. D. h. t.). Tandem vero in hoc casu concessa est *actio depositi* in finem habendi contractum *bonae fidei*, in quo simplex seu nudum pactum *in continenti* adiectum habet vim civiliter obligandi ad solvendas usuras. D. h. t. L. 28. L. 29.

(25) Hoc, ut apparet ex nota praecedenti, ideo est, quia pactum nudum *in continenti* adiectum contractui bonae fidei civiliter protegitur actione quae oritur ex eodem contractu.

(26) Voluntas ineundi depositum irregulare potest etiam manifestari tacite, v. gr. si pecunia non traditur clausa et sigillata, sed numeratur. D. 19, 2. loc. cond. L. 31. — Sicut contrahentes possunt deposito rei fungibilis tribuere characterem depositi irregularis, ita possunt convertere verum depositum in commodatum vel mutuum, prout agatur de re non fungibili vel fungibili. Ita subintrat mutuum in locum depositi, cum depositarius alienius summae pecuniae petit et obtinet facultatem ea utendi. D. 12, 1. de reb. cred. L. 9. § 9. Cfr. *Glueck* § 940.

(27) D. h. t. L. 6. L. 17.; D. 50, 16. de V. S. L. 110.

rium. — *b)* ratione *objecti*, quod potest etiam esse res *immobilis*, immo et persona (28), in casu quo id praescribatur a iudice. — *c)* ratione *vinculi*, quod potest interdum *possessionem* quoque rei in sequestrarium ex voluntate partium transferre (29). — *d)* restitutio rei tum solum fit cum cessavit causa, quae determinavit sequestrem, fierique debet ei, ad quem ex conventionione pertinet vel ex sententia iudicis, si agatur de sequestro iudiciario D. h. t. L. 6.

§ 3. DE CONTRACTU PIGNORIS

D. 13, 7. de pignorat. actione vel contra

C. 4, 24. de pignoratitia actione

419. Notio. — *Pignus* (in materia conventionum) est contractus re initus (bilateralis imperfectus), quo quis (pignorans) alteri (pignoratario) rem tradit in securitatem obligationis cum onere restitutionis obligatione extincta.

420. Requisita. 1° Qui pignus accipit debet esse capax sese obligandi, quia agitur de contractu bilateralis imperfecto; et qui pignus dat debet esse capax alienandi (30), et rem tali modo tradendi, ut plena securitas sit apud creditorem, et potest esse sive ipse debitor sive tertia persona.

2° Res, quae pignori datur, debet esse capax venditionis et traditionis vel quasi-traditionis: potest esse res corporalis sive mobilis sive immobilis, ius servitutis sive personalis sive praedialis rusticae, non vero praedialis urbanae (D. 20, 1. de pignor. L. 11. § 3.) etc.

3° Requiritur traditio vel quasi-traditio. Non tamen requiritur quod dominium rei sit penes pignorantem neque quod vere existat creditum ad quod assecurandum datur (31).

(28) Cfr. tamen *Glueck* XV. 939.

(29) D. h. t. L. 17. § 1.; D. 41, 2. de acqu. possess. L. 39.

(30) Constitutio enim pignoris importat concessionem iuris realis sive partialem alienationem. Arg. D. 20, 3. quae res pign. L. 1. pr.

(31) D. h. t. L. 9. § 4. L. 11. § 2. Certe, si pignorans dominus non est, tenebitur in id quod interest, quia perfectam securitatem creditori haud praestitit, cit. L. 9. pr. L. 16. § 1. L. 32. eod. — Et si obligatio nulla fuit repeti potest quod traditum est.

421. Effectus. Contractus pignoris directe gignit obligationem in pignoratario, ad quam urgendam datur pignoranti *actio directa pignoris*; indirecte gignit obligationem in pignorante, quae urgeri potest per *actionem pignoris contrariam*, qua pignoratarius ea recuperat, quae occasione pignoris solvere aut pati debuit.

I. *Obligationes pignoratarii.* 1° Tenetur rem custodire ut bonus paterfamilias; quare tenetur de culpa atque etiam de casu fortuito, si re usus sit sine consensu pignorantis (32).

2° Extincto debito rem restituere debet cum omni accessione. Quodsi pignus venditum fuit, restitutio complectitur illam partem pretii, quae supersit post factam solutionem creditori pignoratitio et aliis creditoribus, qui in eadem re hypothecam habent.

II. *Obligationes pignorantis.* 1° tenetur securitatem perfectam praestare pignoratario circa suum ius obligationis; quare tenebitur ad novum obiectum pignoris tradendum, si prius obiectum illam securitatem non praestet propter causam a creditore ignoratam v. gr. si res pignorata ad pignorantem non pertinebat vel esset affecta vitio, quod eius valorem minueret. D. h. t. L. 1. 9. 16. § 1. L. 36. § 1.

2° tenetur reficere creditori impensas necessarias et utiles et omne damnum ex re pignorata receptum v. gr. quidquid ex propriis debuit solvere ex possessione rei pignorate. D. h. t. L. 8. pr.

3° tenetur reficere damna etiam ex propria culpa levi provenientia, nisi pignus dederit pro debito alterius, quo casu solum tenetur de culpa lata. C. h. t. L. 13.

(32) Cfr. § 6. 7. Inst. de obligat. quae ex delicto 4, 1. Fructus quidem potest et debet pignoratarius percipere, non autem in sui sed in pignorantis utilitatem, quare illos debet restituere vel imputare in creditum. Quare eadem ratione habet facultatem dandi rem in locationem C. h. t. L. 12.; C. 4, 25. de pactu pign. L. 2. — Item potest pignoratarius usum rei et fructus stipulari (*pactum antichreticum*), modo talis conventio pactum usurarium non contineat.

CAPUT VI.

CONTRACTUS VERBIS

422. Notio. — Contractus *verbis* ille est, qui *verbis* perficitur (1). Talis apud romanos erat *stipulatio* sc. forma quaedam solemnis ex interrogatione et responsione composita, quae omni conventioni gignendae inservire poterat (2). Praeterea habebatur *dotis dictio* et *iusiurandum liberti*.

423. Historia stipulationis. *Stipulatio* fuit praecipua forma contrahendi *verbis*, praesertim quia habebat applicationem generalem; dum *dotis dictio* est peculiaris quaedam forma constituendi dotem, quae solum adhiberi poterat a femina, ab eius debitore et ab eius ascendente masculo per lineam paternam (3). *Iusiurandum liberti* erat promissio servi iuramento firmata domino praestandi determinata servitia et quae renovabatur post manumissionem et erat civiliter obligatoria post *alterum* iuramentum.

Quoad stipulationem, tempore plenae maturitatis iuris civilis romani, consistebat in interrogatione debitori a creditore facta, quam subsequebatur congrua responsio debitoris: « *X. aureos dari spondes? spondeo* » « *promittisne? promitto* ». Hanc formam solemnem praecessit *sponsio*, quae cito disparuit et videtur fuisse promissio firmata iuramento qua promittens, *sponsor*, sibi divinam vindictam imprecabatur, si fidem fregisset; vinculum tamen obligationis inde ortum non erat munitum aliqua sanctione legali. Propter religiosum characterem (4) *sponsio* non pertinebat ad peregrinos sed ad solos

(1) Quamvis consensus fundamentum sit cuiusvis contractus, tamen hic consensus *verbis* exprimi debebat.

(2) « *Stipulatio est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur datum facturumve se quod interrogatus est responderit* ». Pomponius in D. 45, 1. de V. O. L. 5, § 1. Cfr. Paulum sent. II. 3. § 1.

(3) Habebat hoc speciale, quod non exigeret interrogationem creditoris. Cfr. Gaium III. 95. 96. apud Cogliolo, Manuale delle fonti del diritto rom. pag. 249.

(4) Cfr. Girard, Droit rom. (3^a ed.). pag. 481. sq.

cives. *Stipulatio* fuit forma profana illius promissionis solemnis (5), qua sine religionis interventu debitor fidem suam obligabat et poterat pertinere etiam ad peregrinos. Vinculum iuris ex illa ortum, est vinculum civile, quod firmatur per actionem stricti iuris (*condictio*) et successit tamquam contractus *iuris gentium*, solemnis tamen, antiquae sponsioni (6).

424. *Formae stipulationis*. Solemnitas huius contractus non consistebat solum in eo, quod adhiberentur *certa verba*, sed etiam ordo erat praescriptus. Praecedebat interrogatio (*stipulatio*), quam faciebat creditor (*stipulator*, *reus stipulandi*); subsequebatur responsio (*sponsio*, *promissio*, data a debitore (*sponsor*, *promissor*, *reus promittendi*). Si vel ipse ordo interrogationis et responsionis non fuisset servatus, contractus non habebat locum (7). — Initio pauca verba inserviebant ad interrogationem et responsionem: vetus forma *spondes*, *spondeo* solis civibus fuerat propria ad gignendam obligationem civilem; aliae formulae *dabis*, *dabo*; *promittis*, *promitto*; *facies*, *faciam* (8), fuerunt propriae etiam peregrinorum et ex illis efficiebatur contractus *iuris gentium* (9). Quae obligatio adhibendi unam ex formulis usitatis permansit usque ad dimidium saec. V; quo tempore fuit abolita ab Imp. Leone, a quo stipulationi valor iuridicus datus est quibusvis verbis factae, modo partium consensum rite exprimerent (C. 8. 38. de contr. stipul. L. 10.; Inst. 3, 15. de V. O. § 1.). — Responsio ita immediate debuit subsequi interrogationem, ut duae illae partes actus solemnis efficerent *continuum actum* (D. 45,

(5) *Stipulatio* etymologice videtur deduci a stipula seu festuca, et stipulam frangere videtur significassè conclusionem alicuius promissionis. Cfr. *Isidorum*, *Etymol.* V. 24. n. 29.

(6) Nihilominus in memoriam antiquae *sponsionis* formula interrogationis et responsionis per verba *spondes*, *spondeo*, mansit quiritaria et propria civium romanorum. Cfr. *Gaium* III. 93.

(7) Erat vestigium antiqui contractus solemnis *sponsionis* iuratae, in quo praeibat qui recipiebat iuramentum, *verbis praecire*, subsequebatur qui se obligabat ideoque *iurabat in verba*. Cfr. *Girard* pag. 482. not. 1.

(8) Cfr. *Gaium* III. 92.

(9) *Stipulatio* per formulam *spondes* solum lingua latina fieri poterat; per alias formulas etiam extera lingua v. gr. graeca. *Gaius* III. 93.

1. de V. O. L. 137. pr.). — Responsio debebat esse *congruens* interrogationi: initio id fuit requisitum cum maximo rigore; deinde quoad verba ipsa non ita praecise praescriptum.

Sub Imperatoribus Bizantinis nondum stipulatio amiserat suum characterem formulistam, cum etiam post const. Leonis exigeretur interrogatio et responsio verbalis, ideoque partium praesentia, quae erat maxime incommoda. Longo tamen usu iam inductum fuerat ut stipulatio facta redigeretur in scripturam a debitore subscriptam (*instrumentum*, *cautio*, *chirographum*), quae creditori tradita huic praebebat medium probationis: quare simplex pactum, mutuum vel alia conventio in scriptura ponebatur facta (*praeformatio*), inde fiebat mentio sollemnis interrogationis et responsionis (10). Inde quaerebatur, utrum necesse esset quod oralis stipulatio de facto intercessisset, an sufficeret clausula stipulatoria scripta ad hoc ut ipsa oralis stipulatio esset praesumenda; praeva- luit illa praesumptio iam iure classico, requirebatur tamen ut partes fuissent praesentes in confectione scripturae (11).

425. Hoc erat ius ante Iustinianum, qui, ut difficultates a debitoribus factas praecideret, sancivit esse praesumptionem fere invincibilem, si clausula stipulatoria scripta referret praesentiam partium; contra quam praesumptionem solum valeret probatio plena, qua ostenderetur vel creditorem vel debitorem fuisse absentem a loco ubi fuit initus contractus per integrum diem, quo contractus in scriptura dicitur celebratus (12); qua dispositione non solum praesumebantur data verba sollemnia sed ipsa partium praesentia. Inde si creditor fiduciam in debitore habebat, nihil aliud requirebat nisi chirographum, in quo et stipulatio facta et partium praesentia attestata maneret. Qua forma stipulatio non amplius erat contractus vere verbalis.

(10) Cfr. v. gr. formulas: « *Haec omnia recte dari, fieri praestarique stipulatus est Aulus Agerius, sponpondit Numerius Negidius* ». D. 2, 14. de pactis L. 7. § 12.; D. 12, 1. de rebus cred. L. 40.; D. 45, 1. de V. O. L. 122. § 1. L. 126. § 2.; Girard pag. 484.

(11) Imp. Severus et Antoninus in L. 1. C. de contr. stipul. 8, 38.

(12) C. eod. L. 14.

426. *Effectus stipulationis.* Stipulatio reddebat *promissorem* debitorem *stipulatoris* et illius obligatio erat munita actione iuris civilis *stricti iuris*. Stipulator vero obligatus non erat, cum nihil promitteret, habebaturque proinde contractus stricte unilateralis, qui erat character proprius actuum iuridicorum antiqui iuris romani (*Gaius* III, 137). Eius obiectum erat *dare* vel *facere*; praesertim vero saltem initio fuit *dare certam pecuniam*, ideoque actio inde orta erat *condictio certae pecuniae*; deinde vero etiam *datio rerum* ad victum pertinentium, postea aliam quamcunque *rem certam*, unde *condictio triticaria*; tandem extensa ad simplex factum vel abstentionem, *facere, non facere*, in quibus continetur *incertum* et nihilominus etiam actio inde orta habita est *stricti iuris* et dicta est *actio incerti ex stipulatu* (13). D. 22, 1, de usur. L. 4. pr.; Inst. 3. 15. de V. O. pr.

427. *Extensio stipulationis.* Postquam factum, *facere*, admissum fuit ut obiectum stipulationis, fuit haec fons uberrimus obligationum conventionalium. Poterat inservire ad donationem, ad gignendam obligationem principalem vel accessoriam, ad transformandam obligationem praeeistentem. Sed cum praesertim promissiones fiant intuitu alicuius aequivalentis obtinendi aut iam obtenti, hic praesertim habuit applicationem. Quare per illam quodcumque pactum poterat reddi obligatorium: « *omnibus pactis stipulatio subiici potest ut ex stipulatu actio nasci possit* » (*Paulus*, Sent. II. 22. § 2.); qua ratione ingens discrimen, quod formalismus iuris statuebat inter contractum et simplex pactum facile eludi poterat. Quodsi obligatio praeeistens poterat per stipulationem transformari in verbalem, id creditori procurabat commodum obligationis stricti iuris et debitori offerebat commodum obligationis *certae* loco manendi obligatum *in incertum*; ideoque id passim fiebat in *negotiis bonae fidei* (14).

(13) *Actio ex stipulatu* erat denominatio generica, qua designabatur actio orta ex stipulatione, quodcumque demum fuisset ipsius obiectum. Per aliquod tempus, ut iudex posset aestimare quanti interesset creditori factum promissum, fuit requisita clausula poenalis, *stipulatio poenae*.

(14) De commodis et incommodis formulae verbalis cfr. *May*, p. 329. sq.

CAPUT VII.

CONTRACTUS LITTERIS.

428. *Origo et forma.* Scriptura, *litterae*, praestant hic, quod in contractibus verbalibus praestabant *verba*. Scriptura redacta secundum praescriptam solemnitatem trasformabat conventionem in *contractum* et dabat locum obligationi stricti iuris, quae erat munita actione, *condictio*. — Primitivum ius solum agnoscebat formulam oralem perficiendi actum iuridicum (1); serius scriptura inserviit ad conservandam memoriam actus positi et ad ipsius probationem, in hunc finem erant destinata — *instrumenta*, *chirographa*, *cautiones* de mutuo aut alio contractu inito, quae solum habebant vim probatoriam. Obligatio, quam testabantur, erat enata *verbis* aut *re* vel alia ratione, probabatur *litteris*. Qua ratione inde factus est transitus ad creandam obligationem per scripturam, potest explicari ex moribus romanorum in supputandis expensis.

Omnis *paterfamilias* suas habebat *tabulas* seu *codicem accepti et expensi* (2), ubi adnotarentur omnes actus, qui mutationem in patrimonio inducerent, praesertim vero summam pecuniae datam vel acceptam, quae adnotationes dicebantur *nomen*, *nomina*. Si *nomina* pertinerent ad mutuum datum dicebantur *nomina arcaria*, scribebatur v. gr. *expensum Titio centum*. Haec inscriptio fidem faciebat contra debitorem, salva probatione in contrarium (3), sed non ipsa obligationem gignebat, quae potius ortum ducebat ex numeratione pecuniae

(1) Haec erat necessaria in matrimonio legitimo per *confarreationem* vel *coemptionem*, in *auctoritate tutoris*, in translatione proprietatis per *mancipationem* vel in *iure cessionem*, in primitivo testamento *calatis comitiis*, in procedura per *legis actiones*.

(2) Ad eandem administrationis rationem pertinebat alter *liber adversariorum*, qui nullam publicam habebat auctoritatem sed solummodo privatam memoriae adiuvandae causa.

(3) Fides eo erat maior, quo diligentius *codex* erat scriptus; corroborabatur autem ex *codice* debitoris, qui si erat homo diligens debuit in suo codice inscribere *acceptum*, *acceptum referre*.

(*Gaius* III. 131.). Haec tamen *nomina arcaria* obligationi seu contractui *litteris* originem dederunt. Titius promisit Caio centum, non habetur nisi simplex seu nudum pactum civiliter non obligatorium: si partes conveniunt facile possunt convertere in contractum *litteralem*; sufficit ut Caius de consensu Titii referat in suo codice: *expensum Titio centum* (4). Ex arca Caii nulla pecunia educta est, mentio ergo in codice facta est testimonium mutui ficti, cui tamen cum Titius consenserit, perinde obligatione tenetur quasi mutuum accepisset: hinc obligatio efficitur *litteris* seu ex sola inscriptione in *codice*.

429. *Usus sive extensio*. Perinde ac de *stipulatione* dictum est, poterat ita fieri donatio, creari obligatio et transformari obligatio praeexistens. *Pro donatione* satis erat si *donatarius* summam, quam a donante accipiebat, referret in *codice* ut *expensum*, donans inde fiebat debitor illius summae. Similiter si citra donationem quis sese volebat obligare ad dandum, futurus creditor scribebat in suo codice *expensum*. Praesertim vero habebat applicationem in transformanda obligatione praeexistente (5), quo in casu scriptio in *codice* dicebatur *transcriptitium nomen* et haec *transcriptio* poterat fieri *a re in personam* vel *a persona in rem* (*Gaius* III. 128.).

In transcriptione *a re in personam*, qui vi contractus praecedentis est creditor alicuius summae pecuniae, convenit cum debitore ad transformandum creditum in novum creditum ortum ex *litteris*. Creditor inscribit tamquam acceptum quod sibi debebatur ex contractu praeexistente, *acceptum ferre*; deinde id ipsum inscribit tamquam datum debitori titulo

(4) Creditor obtinebat securitatem de consensu debitoris in inscriptione facienda, vel obtinendo ut consensus coram testibus manifestaretur, vel exigendo ab eo litteras quibus constaret ille consensus. De debitore consentiente dicebant romani: *sibi expensum ferre iussit, passus est*. *Cicero*, Pro Rosc. comaed. 1.; *Val. Maxim.* VIII, 2.

(5) Inde apparet contractum *litteris* esse formam generalem gignendi obligationem conventionalem, sicut *stipulatio*. Inde etiam nomen proprium non habet designans specialem obligationem. *Gaius* III. 128. dicit: «litteris obligatio fit veluti...». Sed cum creditum in hoc contractu nascatur ex *expensum ferre*, interpretes illi nomen indiderunt *expensilationis*.

mutui, *expensum ferre*. Obligatio nascitur ex duplici illa inscriptione mendaci, sc. ficti mutui facti debitori de pecunia fiete ab eo soluta creditori. Id quod unice mutabatur erat causa debiti; causae reali substituebatur causa formalis; persona debitoris eadem permanebat; erat *transcriptio a re in personam* (6). Ita transformabantur credita nata ex venditione, locatione, societate (*Gaius* III. 129.); et creditor obtinebat illud commodum, ut substitueret actionem *stricti iuris* enatam e contractu *litteris* actioni *bonae fidei*, et plures obligationes indeterminatas quoad quantitatem reduceret ad unicam obligationem solvendi *certam* determinatamque pecuniae summam.

Transcriptio a persona in personam inserviebat ad mutandam personam debitoris, non solam debiti causam. Titius, debitor Caii, huic offert alium debitorem Seium, qui consentit in se suscipere debitum (7). Si Caius mutationem acceptat, inscribet in suo *codice* Titium summam debitam solvisse et hanc summam titulo mutui datam esse Seio. (*Gaius* III. 130). Etiam hic contractus nititur duplici fictione, altera solutionis quae antiquum debitum extinxit, altera mutui, quod novum debitum gignit, et intervenit etiam duplex inscriptio *acceptum* et *expensum*: *transcriptio a persona in personam*, quia mutata est persona debitoris. Debitor se liberabat a creditore, quin teneretur ipsi numerare pecuniam, substituendo aliam personam, praesertim argentarium; creditor obtinebat commodum habendi debitorem, qui forte magis erat solvendo.

430. Sicut *stipulatio* ita etiam contractus *litteris* erat contractus unilateralis, formalis, stricti iuris. In utroque supponitur conventio praevia, cui adiungitur *causa* formalis: illa conventio praevia determinat quantitatem debiti, et tempus quo exigi potest et dat facultatem creditori ut inscribat *nomen* in suo *codice*. Sicut in *stipulatione* habebatur *causa* in *verbis*, ita hic in ipsa *inscriptione*, nec erat necessarium ut

(6) Ex duplici scriptione derivata est appellatio *nomen transcriptitium*. In duabus prioribus applicationibus huius contractus, *transcriptio* non erat necessaria, satis erat *expensum referre*. *Gaius* III. 137. 138.

(7) Haec designatio novi debitoris facta ab antiquo dicebatur *delegare, delegatio*.

compleretur per similem inscriptionem in *codice* debitoris, secus ab hoc penderet exitus contractus (8). — Attamen etiam aderant inter stipulationem et contractum *litteris*, plures differentiae. Nam: 1^o Stipulatio fieri non poterat a muto, surdo vel absenti modo supra explicato; contractus litteralis ab iis fieri poterat. 2^o contractus litteris non habebat applicationem nisi in obligatione dandi *certam pecuniam*, quia interveniebat fictio mutui; ideoque actio semper erat *condictio certae pecuniae*. 3^o cum *peregrini* moribus non tenerentur ad habendum *codicem accepti et expensi*, non poterant fieri creditores aut debitores *litteris* (*Gaius* III. 133.), quare hic contractus erat *iuris civilis*; stipulatio vero, excepta forma *spondes*, erat contractus *iuris gentium*.

431. *Fata huius contractus*. Contractus *litteris* adhuc sub finem Reipublicae erat in pleno vigore. Cito tamen ab eo tempore momentum practicum habere desiit. Plures huius rei fuerunt causae. Primo loco coeperunt divites romani suas pecunias depositas habere apud *argentarios*, atque inde paulatim in desuetudinem abiit usus *codicis*, qui fere restrictus fuit ad ipsos argentarios. Deinde pro privatis *constitutum debiti* eadem commoda afferebat sine necessitate *codicis*. Praeterea usus scripturae separatae passim divulgatus (*cautiones, chirographa, syngraphae*), quae habebat vim probatoriam, maiorem praebebat utilitatem quam *arcaria nomina* et inde fere evanuit utilitas *codicis*.

Ulterius processum est: oportebat debitorem protegere contra fraudem creditoris, qui haud raro munitus inscriptione facta, quin tamen pecunias dedisset, debitorem persequeba-

(8) *Gaius* III. 129. 130. 137. 138. constanter exhibet contractum dependentem ab inscriptione facta a solo creditore. Certe inscriptio in codice debitoris erat valde utilis in casu controversiae indicialis, nam index in utraque inscriptione inveniebat plenam probationem consensus partium, cum inde obtineret authenticam confessionem ipsius debitoris. Quodsi codex debitoris in iudicio non exhibebatur vel non continebat inscriptionem debiti, creditor aliis modis poterat probare contractum, praesertim vero exhibendo litteras debitoris, quo sibi dabatur facultas *nomen* inscribendi in *suo codice*.

tur quasi ipsi pecunias numerasset. Hic poterat quidem opponere *exceptionem doli*, sed illam probare debebat nec probatio erat facilis. Quare ab illa probatione fuit dispensatus et creditorem litem intentantem poterat repellere negando sibi numeratam esse pecuniam et transferendo in ipsum obligationem probandi (9). Quare merito potuit dicere Iustinianus (Inst. de litter. oblig. III. 21.): « *Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu.* — Quodsi post quinque annos *querela de non numerata pecunia* proponi non poterat (quod spatium temporis fuit a Iustiniano ad duos annos restrictum. C. 4, 30. L. 14. § 4.), et inde scriptura obtinebat vim probatoriam quae per negationem debitoris elidi non poterat; in hoc casu debitor dicitur a Iustiniano obligari *scriptura* (l. c. Inst.). Nilominus etiam in hoc casu non videtur obligatio gigni *litteris*, sed scriptura inducebat praesumptionem, *pecuniam* fuisse debitori *numeratam*, quare obligatio gignitur *re* i. e. numerata pecunia. Compilatores tamen byzantini, *Gaium* imitandi studio, relatum ab hoc quadripartitam contractus divisionem in sua compilatione retinuerunt. Sed iure Iustiniano contractus *litteris* non videtur admissus.

CAPUT VIII.

CONTRACTUS CONSENSU

432. Praenotiones. Character proprius horum contractuum in eo est positus, quod ad eius perfectionem non requiratur nec traditio rei, nec verba aut scripturae solemnes, sed simplex conventio seu partium consensus exterius manifestatus

(9) Exceptio debitoris dicebatur *exceptio non numeratae pecuniae*. Poterat etiam debitor creditorem praeverttere, petendo restitutionem scripturae imprudenter traditae (*condictio obligationis*). In utroque casu, per derogationem iuri communi factam erat liber a necessitate probandi. Quae duo media, *exceptio* et *condictio* iam fuerunt nota in iure classico (C. 4, 30. de non numer. pec. L. 3. 7.). Communem acceperunt appellationem, *querela de non numerata pecunia*.

contractum et consequentem obligationem gignit, perficiuntur *consensu* (*Gaius* III. 135. 136).

Alii characteres horum contractuum non ita sunt proprii, ut non convenient etiam aliis contractibus. Nam: 1^o Habent quod possint iniri inter absentes v. gr. missis litteris aut adhibendo *nuntium*, quod etiam convenit contractibus *re initis*; 2^o possunt gignere obligationem, quae habeat pro obiecto factum, *facere*, sed hoc etiam convenit contractibus *re initis* excepto *mutuo*; 3^o iudex in aestimando contractu, non solum ad id quod expresse promissum sit, sed etiam ad partium intentionem et ad circumstantias debet attendere, *potius id quod actum quam id quod dictum sit sequendum est* (*Pomponius* in D. 18, 1. de contr. empt. L. 6. § 1.); ideoque sunt *bonae fidei* et dant locum *iudiciis bonae fidei*, quod convenit etiam contractibus realibus, excepto *mutuo*. 4^o Tandem contractus consensu sunt synallagmatici (*Gaius* III. 137.), etiam in hac re similes contractibus realibus (1).

433. *Divisio*. Facile est ob speciales characteres quatuor contractus distribuere in duas classes. *Prima* comprehendit *emptionem-venditionem* et *locationem-conductionem*, et supponit societatem ita iam oeconomice evolutam, ut iam sit in usu pecunia signata, moneta, quae sit communis mensura repraesentans valorem rerum, quae in contractum venire possunt. Unde venditio est commutatio rei cum certa quantitate pecuniae; locatio commutatio certae quantitatis pecuniae cum servitiis, quos aliqua res potest procurare personae. Eandem ergo habent oeconomicam functionem (2). Ipsi iurisconsulti notarunt similitudinem, quae prodit communitatem originis, dum dicunt utrumque *familiaritatem aliquam* inter se habere (3).

(1) Tres contractus, emptio-venditio, locatio-conductio, societas sunt perfecte bilaterales; solum mandatum est contractus bilateralis imperfectus.

(2) Quae notio romanis legislatoribus et iurisconsultis non fuit ignota. Confert qua ratione explicabant venditionem ortam ex rerum permutatione apud *Paulum* in D. 18. 1. L. 1. pr. et apud *Gaium* III. 141.

(3) *Gaius* III. 145.; *Festus* v^o *venditiones* dicit: *venditiones olim dicebantur censorum locationes*.

Altera classis complectitur *societatem* et *mandatum*, qui duo contractus supponunt in pactibus relationem mutuae fiduciae, quae deest in contractibus primae classis in quibus potius dominatur interesse. Inde corollaria: 1° Pars quae obligationi deest duplici de causa est culpabilis, et quia contractum violat et quia deest *officio*; hanc ob causam incurrit infamiam, si in iudicio damnatur. 2° Cum fiducia sit mutabilis, quaelibet pars generatim ius habet cessandi a contractu renuntiatione unilaterali.

§ 1. EMPTIO-VENDITIO.

Inst. 3, 23. de emptione et vend.

D. 18, 1. de contrahenda empt.

C. 4, 38. eod.

434. *Notio.* *Emptio-venditio* est contractus consensu initus, bilateralis, bonae fidei, quo quis (*venditor*) alteri (*emptori*) promittit rem habere licere (4), dum hic alter mutua vice rei pretium promittit. — Inde nascitur obligatio, immo duplex obligatio reciproca munita actione bonae fidei: *venditor* fit debitor traditionis rei et est creditor pretii; *emptor* fit debitor traditionis pretii et est creditor rei sibi tradendae: inde etiam denominatio duplex *emptio-venditio*.

435. *Historia.* Iure primitivo venditio, sicut mutuum, erat actus sollemnis, qui fieri debuit per *aes* et *libram*, et videtur confundi cum *mancipatione*, ita ut vendere et mancipare idem sint. Res a venditore emptori sic tradita statim emptoris fiebat; pretium ab emptore solutum, *aes*, solemniter pendebatur a *libripende*; actui sollemni quinque saltem testes in-

(4) Ex his verbis apparet finem proximum venditionis fuisse ut emptori rem habere liceret (Cfr. L. 30. D. de action. empt. et vend. 19, 1. et L. 188. D. de V. S. 50, 16.); seu venditor non tenetur rem dare sed tradere, licet remote tendat ad alienationem, ideoque emptor dum permanet in possessione ius suum perfectum habet. — Id autem procedere videtur ex hoc, quod hic contractus *iuris gentium* etiam *peregrinis* permitteretur, peregrini autem dominium *quiritarium* habere non poterant (*Gaius* II. 40.; *Ulpianus* XIX. 4. 5.). Exinde necessitas coarctandi venditoris obligationem ad simplicem traditionem.

tererant cives romani. Ita facta venditio non erat verus contractus seu actus producens *obligationem*, sed erat reciproca translatio rei et pretii, qua finita nulla suberat *obligatio conventionalis*, nisi forte obligatio ex delicto oriretur; vel si dicatur obligatio oriri, ipsam nasci et extinguere per ipsam executionem perinde erat. Crescente commercio, quod ex credito vivit, necessitas orta est novi modi venditionis, quo nec venditor statim teneretur tradere rem, nec emptor pretium. Inde conceptus obligationis fieri coepit independens a conceptu translationis rei, per quam distinctionem venditio-alienatio debebat transformari in venditionem contractum. Certe non possunt in particulari determinari causae, quae in illam transformationem influxum exercuerunt (5), nec tempus praecisum, quo facta est; sed iam tempore Reipublicae venditio non amplius erat *mancipatio*, gignebat *obligationem* nec operabatur translationem proprietatis, quae venditionem subsequeretur et fieri debebat aliquo ex modis recognitis, *mancipatione*, *in iure cessione* vel *traditione*. Inde venditio erat *iusta causa* alienationis seu obligationis alienandi, non ipsa alienatio.

Cum tamen nuda pacta nondum haberent vim obligandi civilem, factus est recursus ad *stipulationem*, quae erat medium ordinarium dandi vim obligatoriam nudis pactis (6): emptor et venditor sese invicem obligabant reciproca stipulatione, *stipulationes empti et venditi*: inde tamen efficiebatur, ut venditio non haberet characterem contractus *sui generis*, nec obligatio unius habebat pro *causa* obligationem alterius, ideoque una pars, etiam impletionem suae obligationis recusans, poterat alteram civiliter persequi pro obtinenda executione obligationis *iure civili* firmatae, quin altera pars alium recursum contra actorem haberet, praeter *exceptionem doli*. Ita venditio habebat characterem vere romanum duplicis contra-

(5) Satis probabile est in ea re suas partes habuisse voluntatem extendendi venditionem ad *res nec Mancipi* et ad personas (puta peregrinos) quibus non erat accessibilis *mancipatio*.

(6) Cfr. D. 18, 5. de recind. vend. L. 3.; D. 19, 1. de act. emt. L. 3. § 1.; Ortolan tom. III. n. 1465.

ctus unilateralis stricti iuris, quem facile diu conservasset, nisi commercium cum exteris populis suggessisset transitum ad venditionem consensualem. Quae venditio *iuris gentium* consensualis, non exigens nisi partium consensum et dans locum duplici obligationi reciprocae, tandem fuit admissa tamquam *negotium civile* et adnumerata inter contractus atque munita duplici actione bonae fidei. Iterum actus sine *forma* fuit introductus contra tendentiam formulisticam iuris romani antiqui.

436. *Conditiones contractus*. I. In *subiecto activo* requiritur ex natura rei capacitas sese obligandi et alienandi; in *subiecto passivo* capacitas sese obligandi et recipiendi, quae capacitas *subiecti passiva* non solum absoluta sed etiam *relativa* esse debet; qui enim absolute capaces emendi sunt in casibus tamen particularibus prohibentur, v. gr. administrator bonorum alienorum neque directe neque indirecte ea bona acquirere potest (7); item magistratus in provincia sua nec directe nec indirecte emptiones peragere poterant (8).

II. *Obiectum* debet esse *merx* et *pretium*.

a) *merx*. Generatim vendi potest quidquid in commercio existit, sive venditoris sit, sive alterius personae (9), nec solum res corporalis sed etiam incorporalis (v. gr. constitutio iuris servitutis, exercitium iuris servitutis personalis iam constituti excepta servitute usus), immo et res futura.

Relate ad *res futuras* conventio ipsas respicere potest vel quoad *existentiam* vel quoad *qualitatem*. Si ipsa existentia futura in suspenso est, dicitur venditio *spei* et est contractus aleatorius, in quo emptor quocumque casu tenetur solvere pretium, quaecumque demum sit quantitas et qualitas rei quae erat *in spe* et etiamsi haec non venerit in existentiam (10);

(7) D. h. t. L. 34. § 7.

(8) D. 49, 14. de iure fisci. L. 46. § 2. iunct. D. 1, 16. de offic. procons. L. 6. § 3.

(9) Inst. h. t. § 5.; D. h. t. L. 6. pr., 28., 34. § 1. Sunt tamen exceptiones: cfr. Inst. II. 8. quib. alien. licet § 2.; C. 8, 37. de litigiosis L. 2. L. 4. pr. et § 1.

(10) D. h. t. L. 8. § 1. iunct. D. 19, 1. de A. E. et V. L. 11. § 18.

quare hic alea habetur in quantitate, qualitate et existentia rei, cum venditio non habeat pro obiecto rem sed *rei spem*. — Si conventio respicit solum *qualitatem futuram* rei, dicitur venditio *rei speratae*, in qua alea non hebetur circa existentiam ideoque venditor ad pretium solvendum non tenetur si res deficiat (11); si vero existat, quaecumque demum sit qualitas, pretium debebitur pro quota quantitatis (12).

b) *pretium* debet esse *verum, certum et iustum* (13). — Debet esse *verum* seu reipsa existere: unde si est prorsus vel quasi pro toto simulatum non habebitur emptio-venditio, sed *donatio* (14). Quodsi viliori pretio ematur, conventio valet; et erit venditio *donationis causa*, si venditor defectum iusti pretii scienter et voluntarie remisit, pro parte tamen ha-

(11) D. h. t. L. 8. pr.

(12) D. h. t. L. 39. § 1. de qua lege vide *Van Wetter*, Les obligations II. 115. n. 41. — Difficultas est in statuenda regula, qua discernatur an agatur de venditione *spei* vel *rei speratae*. Communiter ponitur agi de emptione *spei*, si rei existentia est intrinsece aleatoria (v. gr. circa captum piscium); est autem emptio *rei speratae*, si rei existentia iuxta cursum ordinarium eventum est habitura (v. gr. circa fructus alienius fundi); quae regula desumitur ex re ipsa. Alii vero aliam ponunt regulam, nimirum: emptio erit *spei* si res *per aversionem* unico pretio fuerunt emptae (Cfr. L. 78. § 3. h. t.); erit autem emptio *rei speratae* si quantitas earum fuerit constituta et pretium assignatum vel in singulas partes seu numerum, pondus, mensuram, vel etiam unicum in quantitatem universam (Cfr. L. 39. § 1. h. t.). Vide *Van Wetter* l. c. II. 115. II. 2. — *Aversione* autem venire dicitur quod universaliter, uno pretio, seu in semel dicto non in singulas res, singulae corpora certo pretio venit. Cfr. *Brissonium*, De verb. signif. v.^o *Aversione*.

(13) Disputatum est inter Proculianos et Sabinianos, utrum pretium deberet dari in numerata pecunia (*Gaius* III. 141.); praevaluit tamen sententia affirmans Proculianorum (§ 2. Inst. h. t.; L. 1. § 1. D. h. t.; D. 19, 4. de re permut. L. 1. pr.; D. 19, 5. de praescr. verb. L. 5. § 1.). Quare si pretium non est in pecunia, habebitur contractus innominatus quandocumque ex una parte praestatio facta sit. Ceterum nihil impedit quominus, conventionem perfecta, partes inter se conveniant de solutione alterius rei loco pecuniae, vel quominus etiam in ipsa conventionem partes constituent solutionem fieri debere non solum in pecunia sed etiam partim in aliis rebus, pro minori parte ut nonnulli volunt. L. 79. D. h. t.

(14) D. h. t. L. 36.; D. 11, 6. pro donato. L. 6.; C. 4, 38. de contr. empt. L. 3. 8. 9.; cfr. quoque L. 46. D. locati conducti 19, 2.

bebitur donatio (15). Ceterum nihil impedit quominus, contractu perfecto, venditor totum pretium remittat (16); tunc enim venditio iam est perfecta et negotium quod subsequitur nullam relationem habet cum priori.

Debet esse *certum* seu momento quo contractus perficitur determinatum aut si determinatio post perfectum contractum facienda relinquitur, non debet relinqui partium arbitrio; quamvis habetur *certum* quando determinatio relinquitur arbitrio tertiae personae in contractu perficiendo ab utroque contrahendo electae; sed pretii incertitudo habetur si tertiae illius personae electio in futurum tempus differtur (17).

Debet esse *iustum* seu proportionatum valori rei. Ante Diocletianum illa conditio non erat requisita: sibi id tribuere debebant, emptor qui pluris emisset et venditor qui minoris vendidisset (*Paulus in L. 22. § 3. D. loc. cond. 19, 2. 1.*). Diocletianus rem immutavit in favorem venditoris pro casu, quo is vendidisset pretio infra dimidium valoris (*minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*) *L. 2. 8. Cod. de rescind. vend. 4, 44.* Venditor enim in vile pretium consensisse praesumitur propter urgentem necessitatem ipsum cogentem ad acceptandas minus aequas conditiones ab emptore impositas, cui ex aequitate succurrendum erat. Quare venditor supra dimidium laesus poterat petere rescissionem contractus et recuperare rem restituto pretio: emptori autem optio dabatur retinendi rem soluto supplemento iusti pretii.

III. *Vinculum iuridicum. Effectus venditionis.* Emptio venditio, cum sit contractus consensu initus et bilateralis, inducit in utraque parte vinculum *obligationis* (effectus contractus). Obligatio *venditoris* sancitur *actione empti*, quae competit emptori; obligatio emptoris sancitur *actione venditi*, quae competit venditori.

(15) *L. 38. D. h. t.*

(16) In hoc casu duplex exurgit negotium iuridicum, primo emptio-venditio, deinde donatio per debiti remissionem.

(17) *Gaius III. 140.; § 1. Inst. h. t.; L. 15. C. h. t. Cfr. tamen Arndts-Serafini II. 300. n. 5. 6.*

Obligatio venditoris erat factum, *facere* in sensu lato huius vocis, et complectitur duo: abstinere a dolo, *purgari dolo malo* et *rem praestare et emptori habere licere* (18). Primum pertinet ad omnes contractus *bonae fidei*, et si textus hic speciali ratione illud commemorant est vestigium antiquioris iuris, cum venditor sese expresse per stipulationem obligabat ad diversas praestationes, quae nunc implicite veniunt in venditione consensuali. Altera obligatio est peculiaris huius contractus et resolvitur in tres obligationes distinctas: 1^a obligatio rem custodiendi pro emptore adhibendo in custodia diligentiam boni patrisfamilia (D. h. t. L. 35. § 4. Cfr. *Arndts-Serafini* II, 302. n. 3.). — 2^a obligatio *rem praestandi* seu materialiter tradendi emptori abdicando in ipsius favorem iura, quae in ipsam rem posset habere venditor. — 3^a obligatio expressa per formulam *rem emptori habere licere*, quae est veluti continuatio et complementum obligationis praecedentis, per quam emptori reddi debet in futurum segura pacifica possessio rei pro casu evictionis et contra vitia rei occulta.

437. *Obligationes venditoris* (sequitur). Obligatio *tradendi* seu *praestandi rem* directe sese refert ad materiale traditionem: haec autem *nuda traditio* non erat apta ad conferendum emptori nisi simplicem rei detentionem: venditio autem ex partium intentione eo spectat, ut in emptorem transferantur omnia iura venditoris in rem: quare videtur venditori incumbere onus transferendi *iustam possessionem* et *dominium* (*Paulus* in L. 1. pr. D. de rer. permut. 19, 4.): de *dominio* res minus liquet et contradictiones, quae videntur haberi in textibus, explicari non possunt nisi repetendo originem huius contractus.

Initio quidem, cum venditio confunderetur cum *mancipatione*, secum ferre debuit translationem *dominii*: quare venditio erat nulla si venditor non fuisset *dominus*, vel emptor esset *dominii* incapax aut res in *dominium* venire non posset vel quia esset res *nec mancipi* non posset esse obiectum

(18) *Paulus* in L. 1. pr. D. de rer. permut. 19, 4.; *Africanus* in L. 11. § 2. 30. § I. D. de act. empti. 19, 1.

mancipationis (Supra libr. III. cap. 3. n. 226. sq.). — Orta venditione consensuali producente *obligationem*, illae causae nullitatis evanuerunt: nihil impendebat quominus quis rem venderet. in quam non haberet *dominium*; vendere enim significabat *se obligare*, et poterat quis se obligare ad tradendam rem, quae non esset sua momento contractae obligationis, et obligatio potest habere pro obiecto rem alterius. Inde ortus est conceptus, quod ad venditionem non esset essentialis translatio proprietatis seu domini: « *qui rendidit necesse non habet fundum emptoris facere* » (Ulpianus in L. 25. § 1. D. h. t.). Requiritur et sufficit ut conferat omnia iura quae habeat circa rem, quorum sit capax res, attenta eius natura et capacitate contrahentium: quae regula, licet ita expresse proposita non inveniatur in iuris textibus, deducitur ex solutionibus datis in tribus casibus sequentibus:

1^o Venditor habet in rem *dominium ex iure quiritium*: in hoc tantum casu debet transferre dominium, quod faciet per *mancipationem* vel *traditionem* prout res fuerit *mancipi* vel *nec mancipi* (Paulus, Sent. I. 13. a. § 4.; Gaius IV. 131. a.; Ulpianus in L. 11. §. 2. D. de act. empt. 19, 1.): hic non habetur oppositio cum regula tradita, sed eius applicatio; venditor habet ius domini, illud transferre debet.

2^a Venditor non habet dominium quiritarium, sed solam proprietatem *iuris praetorii*: suae obligationi satisfaciet transferendo hoc ius imperfectum quod in rem habet.

3^o Venditor non habet nec dominium quiritarium nec dominium iuris praetorii, videlicet vendidit rem alterius. Si utraque pars rem noverat, venditor vere obligatur; ad ipsum pertinet sibi procurare proprietatem rei venditae ut eam in emptorem transferat; quodsi non potuit eam sibi procurare, deest suae obligationi et tenetur *actione empti*. — Si alteruter contrahentium (19) ignorat rem ad tertiam personam pertinere, quae iura acquiruntur emptori illam a venditore traditam

(19) Generatim illa ignorantia potius dabitur in emptore: nam venditor debet scire, quae iura habeat in rem a se possessam; emptor vero rem a venditore possessam potest praesumere ad ipsum pertinere iure proprietatis.

accipienti? Certe non acquiritur proprietas, quam venditor, cum non habeat, transferre non potest; unde emptor est expositus vindicationi ex parte *veri domini*; quae vindicatio si effectum habeat, emptor *evincitur*, evictione autem intercedente, emptori datur recursus contra venditorem, qui erga ipsum tenebitur de evictione. — Sed numquid etiam ante evictionem datur emptori actio contra venditorem? Distinguendum est: si vitium proprietatis noverat, profecto non datur, sibi enim tribuere debet, quod se exposuerit periculo evictionis emendo rem ad proprietatem venditoris non pertinentem: actionem contra venditorem habet si fuit in bona fide, venditor vero in mala fide. Nam, supposita bona fide emptoris, si venditor quoque erat in bona fide, hic obligationi suae satisfacit rem tradendo, ad proprietatem transferendam non tenebatur. At si venditor erat in mala fide, licet *iustam possessionem* tradiderit, defuit obligationi abstinendi a dolo, *purgari dolo malo*; atque inde contra ipsum datur actio ad obtinendam indemnitate (*Africanus* in L. 30. § 1. D. de act. empti. 19, 1.): quae actio oritur ex mala fide, non ex obligatione transferendi proprietatem.

Ergo obligatio transferendi dominium non pertinet *necesario* ad venditorem: tenetur quidem is ad transferenda iura omnia in rem habita, non dominium nisi hoc quoque habeatur.

438. *Securitas emptori praestanda* (20). Illa securitas respicit primo loco casum *evictionis*. Evictio autem locum habet, cum tertia persona agit contra emptorem eique aufert rem sive totaliter sive partialiter seu pro parte propter ius reale quod in ipsam habet. Venditor tenetur de evictione, quia debet praestare emptori possessionem pacificam et perdurantem rei, *rem emptori habere licere*: quae venditoris obligatio ita naturaliter cohaeret contractui venditionis, ut praecisa quavis speciali conventionem quilibet emptor evictus potest petere illius executionem seu per *actionem empti* a venditore exigere indemnitate.

(20) Cfr. D. 21, 2. de evictionibus et duplae stipulatione.

Non ita tamen semper fuit, sed in hac re usque ad ius classicum plures mutationes sunt factae. Cum venditio cum *mancipatione* confondebatur, emptor a quo res contendebatur evinci, poterat *actione auctoritatis* agere contra venditorem ab eoque petere ut *praestaret auctoritatem* seu interveniret in processu tamquam *auctor* ad suppeditanda media defensionis. Quodsi venditor recussasset vel non obstante interveni res fuisset ab emptore amissa, ille debebat emptori duplum pretii soluti (21). — Cum postea venditio facta fuit per duplicem reciprocam *stipulationem*, securitas emptori per specialem stipulationem praestabatur: emptor stipulabatur *rem habere licere* et si evinceretur poterat reclamare indemnitatem. Sed cum promissio *rem habere licere* esset *incerta*, indemnitas arbitrio iudicis aestimanda relinquebatur: quod arbitrium ut vitaretur, cum ageretur de *re mancipi* aut alia re habita ut pretiosa, fieri solebat stipulatio summae fixae, generatim duplum pretii. Ergo *stipulatio duplae (pecuniae)* substituit obligationem ad duplum antea impositam venditori, qui defuisset suae obligationi *auctoris*. — Cum venditio facta est contractus consensualis non statim emptori fas fuit venditorem in casu evictionis convenire *actione empti*: solum ipsi competeat ius a venditore exigendi promissionem pro casu evictionis, *de evictione cavere* (22): serius dumtaxat haec promissio in omni venditione tacite intelligebatur facta et emptori dabat ius agendi perinde ac si indemnitatem stipulatus esset. Ultima in hac re evolutio est facta, cum obligatio indemnitatem praestandi emptori ita habita est cohaerere cum ipso contractu, ut quilibet emptor evictus posset illam petere per *actionem empti*: hoc posito, illa actio iam non ori-

(21) Satis clare apparet character poenalis huius obligationis.

(22) Cum ageretur de contractu *bonae fidei*, venditor tenebatur omnes praestationes facere quae essent in usu. Iam vero promissio *de evictione* solebat coniungi omni venditioni, sive sub forma *incerta: rem habere licere*, sive sub forma *certa: stipulatio duplae*. Hinc erat quod emptor ius haberet reclamandi, ut sibi illa promissio fieret per ipsam actionem contractus, *actio empti*: « *venditori sufficit, ob evictionem se obligare* ». Paulus in L. 1. pr. D. de rer. permut. 19, 4.

tur ex actu distincto a contractu venditionis, sc. ex stipulatione expressa vel praesumpta, nec est *stricti iuris*, sed ex ipso contractu *naturaliter* oritur et est *bonae fidei* (23). — Nihilominus in nonnullis venditionibus rerum magni pretii continuatus fuit usus *stipulationis duplae*; qui usus adeo nonnumquam fuit frequens in iis rebus magni valoris, ut illa stipulatio praesumeretur facta et semper daretur, praeter *actionem empti*, *actio ex stipulatu duplae*.

439. *Actio et exceptio*. Ex dictis apparet ultimam iuris romani evolutionem esse, ut venditor ex ipso contractu obligetur emptori pro casu evictionis, et hanc obligationem esse munitam *actione empti*. Praeterea manet in venditione rerum pretiosarum *actio ex stipulatu duplae*. Insuper emptor potest etiam suum ius tueri per modum *exceptionis*.

A) *Actio* ut intentari possit, debent verificari sequentes conditiones: 1^o evictio debuit pro causa habere defectum iuris in venditore, qui non habebat dominium (*evictio totalis*, vel habebat gravatum hypotheca aut usufructu (*evictio pro parte*) (24). 2^o opus est, ut emptor non noverit periculum evictionis, praeterea ut non subierit evictionem ex propria negligentia v. gr. voluntarie negligendo usucapionem, et quod intentata causa evictionis non omiserit monere venditorem

(23) Quare illa obligatio venditoris est *naturalis* non *essentialis* contractui, ideoque per specialem conventionem potest ab illa liberari. Nihilominus etiam in hoc casu tenetur de evictione, quae proveniat ex facto proprio. D. 19, 1. de act. empt. L. 11. § 18. — Inde factum est ut in praxi *actio empti* unice adhiberetur, et in desuetudinem abiret *actio ex stipulatu* procedens ex stipulatione *incerta: rem habere licere*.

(24) Ita v. gr. venditor non tenebatur de evictione, si fundus provincialis emptori fuisset sublatus decreto Imperatoris illum tribuente militibus veteranis. D. 21, 2. de evict. L. 11. pr. — Ceterum gravamen servitutis praedialis non dat locum actioni propter evictionem, nisi fundus venditus fuisset *uti optimus maximusque*, i. e. ut liber ab omni servitute seu gravamine. — Ceterum regula in textu proposita non cum habet sensum, ut venditor non teneatur de evictione nisi propter causas contractum praecedentes; nam etiam debet respondere propter subsequentes quae proveniunt ex facto proprio venditoris, v. gr. si venditor post peractam venditionem in rem venditam alteri aliquod ius reale concedat.

(*denuntiatio*), ut hic in instantia interveniat ad effectum subministrandi media ad repellendam actionem, qua praetenditur res evinci.

Inter actionem *empti* et actionem *ex stipulatae duplae* procedentem ex expressa vel praesumpta stipulatione illud est discrimen, quod prior est *bonae fidei*, altera *stricti iuris*: quare in priori iudex debet libere et aequè indicare, an venditor *ex bona fide* expleverit obligationem *rem habere licere*, eaque non impleta quanti aestimanda indemnitas praestanda emptori. In altera vero actione iudex tenetur specialibus regulis: 1^o Evictio non dat locum actioni ex *stipulatu*, nisi emptor rem amiserit per sententiam iudicalem in totum vel pro parte (D. 21, 2. de evict. L. 21. § 1.) (25). Quare si emptor post contractum acquisivit rei dominium, sive ut haeres *veri domini* sive ex venditione vel donatione veri domini, non potest agere *ex stipulatu*, quia non est verificata conditio, cui illa actio est subordinata. Latius patebat actio *empti*, pro qua satis erat quod emptor rem in toto vel pro parte non posset conservare titulo emptoris. D. h. t. L. 9. L. 41. § 1. (26).

2^o In actione *ex stipulatu duplae* quantitas indemnitis emptori praestandae iam antecederet est determinata, duplum pretii (videlicet pretium solutum et praeiudicium tantundem aestimatum). In actione *empti*, obtinetur restitutio pretii, si iam fuit solutum, et indemnitas *ex bona fide* a iudice determinanda, quantum intererat emptori non fuisse evictum, quae poterit esse supra vel infra pretium prout rei valor post contractum creverit vel minutus fuerit (27). Quare si valor rei crevit, utilior est emptori actio *empti*; si valor

(25) Evictio tamen partialis non dat locum actioni ex *stipulatu*, nisi id expresse cautum fuerit in formula stipulationis: « *si res parsve eius evicta fuerit* ». D. 21, 2. de evict. L. 56. § 2.

(26) Praeterea actio ex *stipulatu* locum non habebat, nisi emptor traditionem accepisset et pretium solvisset; quae duae conditiones non erant absolute necessariae pro actione *empti*.

(27) Actio *empti* semper habet illud commodum, quod emptori sint praestandae expensae factae et dandi fructus, quos ipsi abstulit evictio. D. 19, 1. de act. empt. L. 45, § 1.

rei decrevit, utilius experietur actionem *ex stipulatu duplae* (28).

B) *Exceptio*. — Si emptor evincatur ante solutum pretium, venditorem, per *actionem venditi* repetentem pretium, poterit repellere exceptione; esset enim contrarium bonae fidei, quod venditor repeteret pretium, quod ratione evictionis teneretur restituere. Quodsi venditor potius repetat ab emptore ipsam rem venditam tamquam propriam (v. gr. quia *rem mancipi* dedit per simplicem traditionem vel quia rei alterius venditae post contractum acquisivit proprietatem), in his casibus admitti non potest quod ipse venditor possit evincere, eumque repellere potest emptor opposita *exceptione rei venditae et traditae*. D. 21, 3. de except. rei vend. et trad. L. 1. pr. et § 1.

440. *Securitas contra vitia rei*. Praeter securitatem contra evictionem, etiam contra vitia ceterasque rei condiciones a venditore emptori securitas praestanda est. Qua in re non levis etiam facta est iuris evolutio, antequam modus securitatis praestandae fixa quadam ratione esset determinatus.

Dum venditio facta est per *mancipationem*, venditor solum respondere debuit de rebus ab emptore in actu venditionis declaratis; quae declaratio cum in ipsa *nuncupatione* fieri non posset, ponebatur in pacto adiecto caeremoniae solempni, *lex mancipii*, in qua continebantur *dicta* venditoris relate ad quantitatem, qualitatem et statum rerum venditarum (29). Si *dicta* fuissent reperta veritati contraria, venditor subibat poenam, quae videtur fuisse duplum, saltem pro casu quo venditor ob iniustam negationem (*infitiatio*) emptori necessitatem imposuisset recurrendi ad iudicem (30).

(28) Ita videtur esse interpretandus *Paulus* in L. 70. D. 21, 2. de evict. — Adde L. 43. i. f. D. de act. empti. 19, 1.

(29) Venditor tenebatur si v. gr. ager venditus non haberet mensuras indicatas, si servus vel animal non haberet qualitates expressas aut laboraret vitiis a quibus declarabatur expers, si fundus subiiceretur servituti et venditus fuisset ut ab illis liber *uti optimus maximusque*.

(30) Aliqui interpretes actionem ad duplum solum in eo casu datam dicunt actori, si ager non haberet mensuram declaratam, *actio de modo*

Cum venditio facta est contractus consensualis, contra venditorem, propter *dicta*, data est emptori ipsa *actio empti*, quam prudentes extenderunt non solum ad *falso dicta* sed etiam ad voluntarie *relieta*. (Cicero, De offic. III. 16.). Quae iuris dispositio confirmata et ampliata est per edicta Aedilium Curulium; his quippe magistratibus, praeter horrea publica et publica aedificia et viae, erat commissa superior inspectio quoad fora et negotia quae ibi contrahebantur; quare iurisdictionem exercebant circa fraudes in negotiis, de quibus rebus etiam edicta aedilitia tulerunt. D. 21, 1, de aed. edict. L. 1. pr. L. 63.

1° Initio edictum aedilitium imposuit venditori obligationem *cavendi*, seu per stipulationem promittendi indemnitatem propter vitia, quae postea in re apparerent, etiamsi tempore contractus illa ignorasset (31); 2° Edixit teneri propter *dicta promissave* seu propter declarationes factas circa rei vitia D. eod. L. 1. § 1. Quem in finem induxit duplicem actionem, actionem *redhibitoriam* et actionem *quantum minoris*; 3° Praeterea aediles edixerunt venditorem teneri de vitiis occultis tempore venditionis existentibus et ab emptore ignoratis etiamsi venditor eadem ignorantia laborasset. (D. h. t. L. 1. § 2.); quae in re ius honorarium aedilium complevit seu ampliavit ius civile. Haec obligatio pariter erat munita duplici illa actione *redhibitoria* et *quantum minoris*.

Actio *redhibitoria* tendit ad rescindendum contractum, eiusque effectus est restituere partes in pristinum statum, quemadmodum facit restitutio in integrum (D. h. t. L. 60.): emptor pretium solutum recipit et rem reddere tenetur. Non poterat intentari nisi infra sex menses a die quo emptor cognovit aut poterit cognoscere vitium: semel intentata non

agri. Pro casu servitutis agri qui venditus fuisset ut liber, dicunt agendum fuisse *actione auctoritatis*, quae valebat pro casu evictionis.

(31) Hac in re aediles firmabant et reddebant obligatoriam praxim iamdiu usitatam, etiam antequam venditio facta esset contractus consensualis. Forte edictum illam *cautionem* initio solum imposuit in venditione servorum. Sed certe subsequens praxis extendit ad quaslibet venditiones rei non exigui valoris.

poterat removeri. — Actio *quantī minoris* tendebat ad obtinendam diminutionem pretii respondentem minori valori, quam res habebat propter vitium: inde appellatio *quantī minoris* vel *aestimatoria*. Extinguebatur lapsu unius anni et poterat renovari, quoties novum vitium appareret.

441. *Obligationes emptoris*. Etiam emptor tenetur obligatione, quae habet pro obiecto *facere* sensu lato acceptum, quod comprehendit: 1^o obligationem solvendi pretium (32); 2^o in casu retardatae solutionis pretii, obligationem solvendi usuras (*Paulus*, Sent. II. 17. § 9). Ad constringendum emptorem venditori competunt plura media:

1^o Directe, actio ex contractu orta, *actio venditi*.

2^o Per pactum adiectum, potest convenire cum emptore de rescindenda venditione, *lex commissoria*: quod pactum debet expresse adici, nec tacite intelligitur.

3^o Indirecte, potest uti *iure retentionis*, conservando rem *quasi pignus*, donec emptor offerat solutionem pretii.

4^o Potest uti regula iuris, vi cuius traditio rei non est translativa proprietatis quamdiu pretium non est solutum (33). Quare venditor retinet interim ius reale in rem, quem potest opponere creditoribus emptoris ad evitandum ne hic solvendo non sit. Aliunde cum emptor nondum factus sit rei proprietarius, non potest illam alienare nec aliquod ius reale in eam concedere. Quae exceptio non amplius erit admissa, si venditor alias cautiones exegerit pro solutione pretii, aut fidem emptoris sequutus fuerit v. gr. dilationem in ipso contractu concedendo pro solutione pretii: iis enim in casibus dominium rei per traditionem iam acquisitum fuit emptori (34).

(32) Solutio pretii debet pretii dominium transferre; quare in hac parte obligatio emptoris est ad dare « emptor nummos venditoris facere cogitur ». D. 19, 1. de act. empti L. 11. § 2.

(33) Inst. 2, 1. de rer. divis. § 41.; D. 18, 1. de contr. empt. L. 19. Illa regula relationem habet ad tempus, quo venditio erat alienatio numerata pecunia facta. Translatio proprietatis tunc erat subordinata solemni pensioni pretii ex ipsa solemnitate mancipationis. Illa regula est proinde tam antiqua, quam ipsa mancipatio.

(34) Cit. § 41. Inst.; D. 18, 1. de contr. empt. L. 19.; D. 14, 4. de tributor. act. L. 5. § 18.

§ 2. LOCATIO-CONDUCTIO

Inst. 3, 24, de locatione et cond.

D. 19, 2. locati conducti

C. 4, 65. de locat. et conduct.

442. *Notio et varia species.* Locatio conductio est contractus consensu initus bilateralis, vi cuius quis (*locator*) alteri (*locatario*) promittit rem utendam, aut operarum operisve praestationem ea lege, ut mutuam recipiat mercedem. Hinc triplex locationis conductionis species:

a) Locatio-conductio rerum: ubi obiectum est usus et fructus rei; dominus est *locator*, qui autem usum accipit est *conductor*.

b) Locatio-conductio operis faciendi: hic obiectum est opus aliquod alicui praestandum, puta constructio navis vel aedificii, transportatio mercium; operarius est *locator*; qui utilitatem accipit ex operibus est *conductor*.

c) Locatio-conductio operarum: hic obiectum sunt operae hominis; operarius, mercenarius, est *locator*; qui utilitatem accipit ex operibus alterius est *conductor*.

Hae tres species reguntur fere regulis communibus. Sunt contractus, qui perficiuntur *consensu* nec requirunt ullam specialem formam: utrumque subiectum debet esse capax se obligandi: obiectum habent rem et pretium. Et res quidem est quaelibet res in commercio posita corporalis vel incorporalis quae usu non consummitur, nisi res consumptibilis ad pompam seu ostentationem locetur; pretium conductionis (*merces, pensio, vectura*) sicut in venditione generatim debet esse *in numerata pecunia, certum et verum*, sed non est necesse ut sit *iustum* sensu explicato de venditione, quatenus hic non est locus rescissioni ob laesionem.

A. Locatio-conductio rerum.

443. *Pars, quae in hac prima specie alteri debet procurare usum seu fruitionem rei, hic proprie dicitur locator (qui rem suam locat); pars quae rem recipit ad usum conductor,*

in locatione domus ad habitandum *inquilinus*, in locatione fundi ad culturam *colonus*. Res omnis corporalis mobilis et immobilis potest esse obiectum contractus, et ex incorporabilibus ususfructus, emphyteusis et superficies. — *Merces* seu pretium locationis vel una vice solvendum est integrum, vel per partes statutis periodicis temporibus (*pensio*). Cum agitur de re frugifera non necessario consistit in *numerata pecunia*, sed conductor potest teneri ad solvendam certam quantitatem fructuum rei (35), quo casu dicitur *locatio partiaria*.

444. *Effectus contractus*. Ex contractu locationis oritur duplex obligatio reciproca, utraque bonae fidei et consistens in *facere* sensu lato: obligatio locatoris sancitur actione *conducti*, obligatio conductoris actione *locati* (Inst. pr. h. t.).

a) *obligationes locatoris*: 1º locator, sicut venditor, debet rem tradere, *rem praestare* et securum conductori reddere usum et fruitionem (36) ipsius durante tempore contractus, *praestare frui quod conduxit licere* (D. h. t. L. 9. pr.). Quae praestatio rei ita facta, ut conductori ipsa uti frui liceat, non dat conductori ullum ius reale in re (37), imo nec confert *iustam possessionem* (38), quae manet penes *locatorem*, cui soli per intermedium locatarium possidenti competunt interdicta possessoria. Conductor solum habet ius ad usum et fruitio-

(35) C. h. t. L. 18.; D. h. t. L. 25. § 2.

(36) Fructio quoad res frugiferas praesertim significat perceptionem fructuum; ad quos fructus locatarius non habet ius, nisi postquam iam illos collegit, quemadmodum accidit in usufructuario (Inst. 2, 1. de rerum divis. § 36.). — Unus ex modis fruendi re est, rem ipsam quam accepit fruendam alteri locare, ex qua nova locatione percipit conductor mercedem, quae locum tenet fructuum. Quilibet locatarius nisi aliud expresse convenit potest hoc facere. C. h. t. L. 6.

(37) Propter hanc rationem, si locator rem vendiderit, conductor non potest opponere emptori suum contractum et potest ab ipso expelli (D. h. t. L. 25. § 1.; C. h. t. L. 9.). Quare locatarius expositus evictioni, generatim negligebat illas fundi meliorationes, quae essent coniunctae cum magnis expensis. Idcirco locator in venditione rei saepe apponebat conditionem reverendi et conservandi antecedentem locationem. Sententia quae docet per hunc contractum accipere conductorem ius in re communiter reprobat. Cfr. *Arndts-Serafini* II. 310, n. 2.

(38) D. 41, 2. de acqu. poss. L. 25. § 1.

nem, in qua si turbetur a tertia persona iura in rem praetendente, contra illam agere non potest sed habet dumtaxat actionem personalem in locatorem.

2^o Locator proinde tenetur conductori securam reddere fruitionem vel usum rei; illam consequenter tenetur conservare in bono statu et facere omnes expensas, quae directe ad refectionem rei locatae pertinent et sunt necessariae ad exercitium iuris conductoris, licet non teneatur ad expensas quae modicae sint et potius directe ipsum usum rei respiciunt. Si locator, quas tenetur expensas, facere recusat aut negligit, conductor ipse facere potest et imputare in solutionem pensionis (39).

3^o Locator erga conductorem rei ex capite evictionis. vitiorum rei aut alterius facti, usum fruitionem ipsius impediens, tenetur in id quod interest (40). Quodsi evictio aut vitia rei locatori nec directe nec indirecte imputari possunt, quia erat in bona fide, tenebitur erga conductorem, sed solum ad pretii diminutionem, vel contractus dissolutionem, aut alterius rei, quae eundem usum praebeat, praestationem (41). — Ipsi quoque incumbit satisfacere oneribus, quae aggravant rem locatam (42).

b) obligationis locatarii seu conductoris. Tenetur: 1^o mercedem conventam solvere temporibus singulis statutis. Quae merces debetur post usum seu fruitionem, cuius valorem repraesentat: quare non est debita, si quacumque de causa, etiam casu fortuito v. gr. incendii vel ruinae, usus impediatur (L. 19. § 6. D. h. t.); 2^o re uti iuxta conventionem, aut si nihil specialiter conventum sit, iuxta naturam rei locatae (43); 3^o rem servare debet uti bonus paterfamilias, prout postulat contra-

(39) Cfr. L. 15. § 1., 19. § 2., 25. § 2., 55. § 1., 61. pr. h. t.; *Paulus* II. 18, 2.

(40) L. 19. § 1., 24. § 4., 25. § 1. D. h. t. Cfr. *Arndts-Serafini* II. 311. n. I.

(41) Cfr. *Arndts-Serafini*, II. 312. n. 2. 3.

(42) D. 43, 10. de via publ. L. un. § 3.; D. 7, 1. de usufr. L. 39.

(43) Si conductor fines egreditur furtum usus admittit et in mora constituitur, atque potest etiam subiici actioni legis Aquiliae, D. h. t. L. 11. § 1. 4. L. 12. L. 13. § 3. L. 30. § 2.

etus natura, in quo de recto rei usu agitur; 4^o rem restituere cum accessoriis locatione finita.

445. *Cessatio contractus.* Locatio conductio cessat: 1^o partium consensu; 2^o si res aut eius usus in totum perierit; vel si pro parte, ita ut non amplius inservire possit; 3^o alia causa est defectus in adimplendis obligationibus ex parte unius contrahentis. Quare *locator* discedere a contractu potest, si duobus annis continuis conductor mercedem non solverit, vel magnum damnum afferat rei locatae (44). *Conductor* discedere potest si *locator* nimis moratus sit in traditione rei conductae vel si perturbationes graves patiatur in eius usu (45); 4^o cessat tandem tempore locationis expleto, nisi interveniat renovatio: quae potest esse *expressa*, et tunc habetur novus contractus, vel etiam *tacita (reconductio tacita)* quo casu censetur idem contractus perdurare iisdem legibus obnoxius, nisi quod cautiones cessant quas tertia persona pro primo contractu praestitisset; nec contractus renovatus tacite censetur perdurare toto tempore quo perduravit prior, sed potius censetur minimam habere durationem. Tacita autem locationis renovatio habetur, cum, expleto contractus tempore, conductor in eadem conditione perseverat, quin *locator*, cum posset, illi continuationi sese opponat (46).

B. Locatio-conductio operis vel operarum.

446. Homo liber potest suam industriam alteri locare. Sed haec locationis applicatio serius fuit facta, cum antea labor servilis ad omnia fere sufficeret. Sicut in locatione rerum, *locator* sese obligat ad tradendam rem *conductor*i, quam is secum affert (*cum ducere*) ad usum et fruitionem, et haec traditio rei (*rem locare*) fuit considerata ut character proprius locationis; ita ad locandam hominis industriam fuit requisitum ut servitia promissa versarentur supra rem materiale

(44) D. h. t. L. 54. § 1.; C. eod. L. 3.; Nov. 120. cap. 8.

(45) D. h. t. L. 24. § 4., 25. § 2., 60. pr.

(46) Cfr. D. h. t. L. 13. § 11. L. 14.; C. h. t. L. 7. L. 16.; *Arndts-Serafini* II. 313. n. 3.; *Van Wetter*, Les obligations II. 128. n. 13.

a domino rei traditam ei, qui opus in ea exercere debet: quae locatio dicitur *locatio-conductio operis faciendi*: dominus qui rem tradit dicitur *locator*, qui opus faciendum suscipit, *conductor*. Id accidit cum datur locus ad construendam domum, pontem, aquaeductum etc., cum dantur merces ad transportandum, *merces rehendas locare*, etc. Illud in hoc casu habetur speciale, quod locator est, qui debet pretium, inverso modo atque in locatione rei.

Haec locatio propriae industriae deinde extensa est, et locatio admissa est cum homo liber se obligabat, mediante aliqua mercede, ad praestanda alteri servitia, *operas*, quin necesse esset ut acciperet traditionem rei supra quam suam industriam exerceret. (*Paulus*, Sent. II. 18, 1.). Haec varietas locationis dicta est *locatio-conductio operarum*. Hic, inverso modo atque in locatione rei, qui servitia praestat dicitur *locator* (*locat suas operas*), qui servitiis utitur *conductor* (*conducit operas alterius*).

447. *Regulae speciales*. Generatim loquendo principia tradita de locatione rei, pertinent etiam ad alias duas species; unde sufficit persequi quae pro his duabus sunt specialia.

I. In *locatione operis*: a) materia, in qua opus est praestandum a conductore operis, debet a domino seu locatore exsolvi. Si vel in totum vel pro maiori parte a conductore praestatur, iam non est conductio, sed venditio (47). Si materia praestatur a domino sed cum obligatione conductoris ad eandem quantitatem in eadem specie restituendam, vel etiam diversae speciei, pariter non habebitur locatio, sed mutuum vel permutatio.

b) conductor operis tenetur propter operis praestiti vitia, quamvis iam dominus opus receperit (48). Generatim potest

(47) *Gaius* III. 147.; Inst. 3, 24. de locat. § 4.; D. 19, 2. locat. cond. L. 2. § 1. — Id autem maxime interest animadverti, nam dum habetur locatio periculum materiae est penes dominum (D. h. t. L. 13. § 5. L. 62.). Si vero intervenit venditio (operarius ex proprio auro mihi facit annulum), cum generatim loquendo haec materia consistat in rebus fungibilibus, periculum est penes eum qui opus praestare tenetur. D. eod. L. 3. § 6.

(48) D. h. t. L. 31.

alios substituere in implendo opere (49). Opus approbari debet iuxta arbitrium boni viri (50).

c) cessat contractus, si conductor opus non perfecerit tempore statuto (L. 51. D. h. t.), et si impensae, quas praevidit conductor ad opus perficiendum, longe maiores efficiantur (L. 60. § 4. D. h. t.). Morte conductoris generatim non cessat, nisi quis intuitu qualitatis personalis conductoris contraxerit (51).

II. *In locatione operarum.* Operae non solum debent esse honestae et possibiles, ex principio generali, sed etiam *mercenariae*: unde non sunt aptae operae *liberales* (52).

Pretium (hic etiam appellatur *manupretium*, *merces*, *salarium*, *vectura* si agitur de rebus vehendis) generatim debet esse in pecunia, verum et certum; nonnumquam tamen, manente contractus natura, permittitur quod sit quota pars fructuum, ut cum agitur de casu speciali locationis operarum in grege pascendo (53).

Effectus. Operae praestandae sunt modo et tempore expresse aut tacite conventis, cum diligentia boni patrisfamilias. Expensas et damna, quae se referunt ad praestationem operarum, sustinet locator (54). Operibus praestitis, omnia restituere debet, quae eorum intuitu recepit (55).

(49) D. h. t. L. 13. § 1. L. 48. pr.

(50) D. h. t. L. 24. pr.

(51) Cfr. D. 46, 3. de solut. L. 31.; C. VI, 51. de tollendis caduc. L. un, § 9.; C. 8, 38. de contr. et committ. stipulat. L. 15.

(52) Olim fere omnes operae litterarum, scientiarum bonarumque artium inter liberales recensebantur, in quibus solum ex voluntate et remunerationis gratia aliquid solvi poterat (*honorarium*); dein effectum est, ut idem honorarium per cognitionem extraordinariam exigere posset, exceptis operibus antecessorum iuris et philosophiae; quae exceptio et ipsa disparuit. L. 6. C. 10, 52.; Pragmat. sanctio Iustinian. *pro petitione Vigili* cap. 22.

(53) C. 2, 3. de pactis L. 9. Vulgariter in hoc casu admittitur contractus societatis seu *contractus soccidae*: societas certe exurgere potest, si talis sit contrahentium voluntas. Cfr. D. 19, 5. de praescript. verb. L. 13, § 1. D. 17, 2. pro socio L. 52. § 2. 3.

(54) D. 19, 2. locat. cond. L. 22. § 2. L. 60. § 8.

(55) D. eod. L. 11. § 3. L. 13. § 6. Fieri potest quod instrumenta

Cessat locatio operarum: 1^o) transacto tempore convento; si nihil conventum est, ad arbitrium cuiusque contrahentis rescindi potest; observandae tamen sunt dilationes ex locorum consuetudine introductae. — 2^o) operibus impletis. — 3^o) consensu partium. — 4^o) gravi culpa ex parte contrahentis: sc. domini si graviter moratur in solutione mercedis; alterius si operas graviter negligit. — 5^o) casu fortuito, qui impossibilem reddat praestationem. — 6^o) morte mercenarii.

CAPUT IX.

DE MANDATO ET SOCIETATE

§ 1. DE MANDATO.

Inst. 3. 26. de mandato

D. 17. 1. mandati vel contra

C. 4. 35. mandati

448. *Notio et conditiones ad valorem requisitae.* Mandatum est contractus, consensu initus, bilateralis imperfectus, quo quis (*procurator, mandatarius*) promittet aliquid gratis faciendum iuxta iubentis (*mandans, mandator, dominus*) voluntatem. — Respondet necessitati alteri committendi perfectionem actus iuridici, si quis impediatur absentia, morbo, inexperientia aut alia simili causa. Nihilominus non statim apparuit hic contractus. Actus iuridici in primitivo iure romano, cum essent solemnes, exigebant praesentiam contrahentis nec proinde poterant fieri per mandatarium. In actibus non solemnibus, poterat quis sibi substituere servum saltem ad acquirendum ius sive reale sive crediti: quod si recursus fiebat ad personam liberam, haec suscipiens curam negotii alterius (*pro curare*), servitium alteri boni amici praestabat, *obliga-*

tradantur colono aestimata (L. 3. D. eod.). Quae aestimatio vel fit taxationis causa i. e. ut sciatur quantum colonus recipit et quantum debet restituere, vel venditionis causa. In primo casu colonus non acquisivit instrumentorum dominium, sed reddere debet; in altero acquirit. Cfr. *Van Wetter*, Les obligations II. 132. 1.^o et n. 10. 11.

tionem erga ipsum non contrahebat. Hinc dictum Pauli: « *originem ex officio atque amicitia trahit* ». D. h. t. L. 1. § 4. — Infidelitas mandatarii, in casibus gravissimis, poterat haberi ut delictum et dare locum actioni poenali. — Post introductum systema processus per formulas edictum Praetorium videtur mandatum considerasse ut casum particularem *negotiorum gestionis*; dabat enim actionem *in factum* (*negotiorum gestorum directa*) contra mandatarium ad ipsum obligandum ad reddendam rationem rei gestae; huic autem dabat actionem *in factum* (*negotiorum gestorum contraria*) contra rei seu negotii dominum, qua ipsum obligaret ad refundendas expensas.

Sed illa actio negotiorum gestorum visa est insufficiens ad protegenda iura mandantis; illa enim supponit negotium vere gestum, at ex intentione contrahentium, mandatarius suscipit obligationem faciendi, ideoque debet teneri cum nihil gessit (1); unde coepit considerari *conventio*, non ipsa materialis gestio, tamquam fundamentum obligationis. Atque hoc est quod fuit admissum a *iure civili* ultimis reipublicae temporibus: *mandatum* consideratum fuit ut *negotium* distinctum a negotiorum gestione, ut conventionem obligatoriam solo consensu initam producentem duplicem obligationem actione *in ius* munitam (*actio mandati directa, mandati contraria*).

In doctrina classica, duo sunt elementa essentialia: 1º mandatarius se obligat ad perficiendum actum bonis moribus non contrarium (*Gaius* III. 157.) et in quo mandans habeat interesse. 2º nulla *merces* debet esse promissa aut data: mandatum debet esse gratuitum, secus haberetur locatio operarum, si factum promissum ex iis sit, *qui locari solent*. (*Gaius* III. 162.). (2).

449. *Conditiones contractus*, iam fere patent ex praemissis.

(1) Rationes, cur actio mandati invecata est, sic describit *Ulpianus*: « *nec enim ideo est obligatus quod negotia gessit, verum idcirco quod mandatum susceperit; denique tenetur etsi non gessisset* ». D. 17, 1. mandati. L. 6. § 1,

(2) Tandem admissum fuit, quod mandatarius posset pretium recipere, quin contractus natura immutetur, et pretium dictum est *honorarium*. D. h. t. L. 7. L. 56. § 2. Disputatur tamen qua actione exigi possit huiusmodi honorarium. Cfr. *Arndts-Serafini* II. 291. n. 2.

Utraque pars debet esse capax sese obligandi tum absolute tum relative. — Porro mandatarius debet expresse acceptare mandatum, nec sufficit acceptatio tacita.

Ratione *obiecti*: 1^o praestatio a mandatario facienda intersit oportet mandantis: secus potius ex parte mandantis haberetur *consilium*, quod per se non habet vim iuridicam, sed moralem dumtaxat, illi enim pro libitu potest mandatarius parere vel non (3). — 2^o praestatio sit certa; nullum mandatum est, cuius incerta est praestatio (L. 48. D. h. t.). — 3^o praestatio sit physice, moraliter, iuridice possibilis; secus nec mandatarius obligatur acceptatione mandati, nec ius acquirit si mandatum perficiat.

Mandatum distinguitur in *speciale* et *generale*.

I. *Mandatum speciale* illud est cuius obiectum consistit in perfectione unius negotii, vel etiam plurium dummodo sint taxative designata.

II. *Mandatum generale* est vel *ordinarium* vel *cum libera*. Primum habetur cum omnia negotia perficienda committuntur, sive omnium omnino (4), sive omnium, quae se referunt ad aliquam specialem administrationem, gestio committatur. In hoc mandato generali *ordinario* quaestio est de simplici bonorum administratione, nec commissa censetur facultas alienandi (5).

(3) Etiam in hoc casu obligatur mandans si tacite vel expresse susceperit obligationem pro casu, quo alter consilium exequeretur (§ 6. Inst. h. t.; L. 2. § 6., 12. § 13., 14., 16. D. h. t.), vel si dolo malo consilium datum fuerit ex quo damnum obvenit (L. 6. § 5., 10. § 7. 32. D. h. t.), vel si agatur de consilio dato favore tertiae personae et ipsum impletum fuerit, quia tunc censetur interposita cautio (*Gaius* III. 156; cit. § 6. Inst.) et habetur *mandatum aliena gratia*.

(4) Tunc dicitur *mandatum generale omnium bonorum*, Cfr. D. 4, 4. de minor. 25. an. L. 25. § 1.; D. 46, 7. iudicatum solvi L. 3. § 2.

(5) Praecipui actus administrationis exhibentur: Inst. 2, 8. quibus alienar. lic. § 2.; D. 2, 14. de pactis L. 10. § 2., 11., 12.; D. 3, 3. de procurat. L. 63.; D. 12, 2. de iureiurando L. 17. § 3.; D. 16, 3. depositi L. 12.; D. 46, 2. de novat. et delegat. L. 12., 20. § 1.; D. 47, 10. de iniur. L. 17. § 16.; C. 5, 37. de administr. tutor. L. 28. § 5.

Actus qui continent puram alienationem, ab obligatione administrandi non requisitam, inveniri possunt: D. 3, 3. de procur. L. 60., 63.; D. 4, 4. de minoribus L. 21., 25. § 1.; C. 2, 13. de procur. L. 16.; C. 4, 26. quod cum eo. L. 10.

— *Mandatum generale cum libera* tunc habetur, cum praeter ea, quae continentur in generali ordinario, datur etiam facultas alienandi, in qua tamen facultate non continetur potestas alienandi titulo gratuito (6).

450. *Effectus mandati*. I. Ut accidit in aliis contractibus bilateralibus imperfectis, ex mandato oritur *directe* actio favore mandantis adversus mandatarium (*actio mandati directa*); incidenter seu indirecte potest nasci *actio (mandati contraria)* adversus mandantem. Per primam mandans persequitur obligationes mandatarii; per alteram mandatarius persequitur obligationes mandantis, quodcumque exurgunt.

II. *Obligationes mandatarii*. Mandatarius tenetur: 1) mandatum exequi *recte* seu iuxta expressam mandantis voluntatem, vel, si mandans nihil dixit, iuxta naturam mandati (7); secus tenebitur in id quod interest (8). Quodsi mandati fines excesserit, mandans nec erga mandatarium nec erga extra-neos obligatur (9). — 2^o) tenetur praestare culpam, seu reficere damna ex propria culpa et multo magis ex dolo provenientia. — 3^o) gestionis rationem reddere debet. — 4^a) si mandatarius fuerit condemnatus, damnatio secumfert infamiam (10).

(6) Non omnes auctores eodem modo explicant discrimen inter duplicem speciem mandati generalis.

(7) Mandatarius generatim alium sibi substituere potest, nisi personalis qualitas in mandatario inspecta fuerit; sed nulla exurgit relatio inter substitutum et mandantem principalem, sed solum inter ipsum et mandatarium (D. h. t. L. 8. § 3.; D. 3, 5. de negotiis gestis L. 21. § 3). Excipitur casus, in quo mandans substitutum permiserit, sive in genere, sive quoad personam designatam, tunc enim mandatarius non absolute tenetur erga mandantem, sed solum de cessione actionum, quas habere posset in substitutum, vel de mala electione substituti.

(8) *Gaius* III. 161.; *Paulus* II. 15, 3.; D. h. t. L. 5. § 1., 27. § 2., 41.

(9) Inst. h. t. § 8.; D. h. t. L. 3. L. 5. § 1. sq. L. 36. § 2. Disputatum olim fuit, num si mandatarius, mandatum excedens, rem emerit ultra pretium a mandante praefinitum, possit hunc obligare seu valorem mandato tribuere suscipiens in sui damnum quod excedit in pretio soluto. Praevaluit affirmativa Proculeianorum sententia contra negativam Sabinianorum. *Gaius* III. 161.; § 8. Inst. h. t.; L. 3. § 2. L. 4. D. h. t. Cfr. etiam *Paulum* II. 15, 3. et L. 5. § 3. 4. D. h. t.

(10) *Gaius* IV. 182.

III. *Obligationes mandantis*. Mandans tenetur: 1° expensas reficere, quas mandatarius fecerit iuxta praesumptam mandantis voluntatem, etiamsi negotium ob circumstantias mandatario non imputabiles exitum non habuerit (11). Quas praeter praesumptam voluntatem fecerit non potest exigere, potest tamen exercere ius retentionis (L. 10. § 10. h. t.). — 2° Pro expensis a mandatario factis etiam usuras solvere tenetur (12). — 3° Damna reficere ex mandati executione provenientia. — 4° mandatarium liberare ab obbigationibus assumptis.

Scholion. Mandans ex gestione mandatarii, qui infra limites mandati se continuit, obligatur erga personas, cum quibus mandatarius contraxit: nam aequum est ut directe mandans respiciatur, quia mandatarius non est nisi eius instrumentum iuridicum, proinde effectus iuridici in illum, non vero in istum referri debent. Actiones quibus subiicitur illae sunt, quibus ipse subiiceretur mandatarius, et solum ad distinctionem adiicitur qualitas specialis mandati, quod dedit originem obligationi et dicuntur actiones *adiectitiae qualitatis* (v. gr. *actio empti institoria*, *actio locati exercitatoria*; dein omissa denominatione actionis directae, mansit appellatio ex qualitate speciali, *institoria*, *exercitatoria*). — Praecipuae sunt: *Actio exercitatoria*, datur in mandantem exercitorem navis ex contractu inito cum magistro vel istius substituto. — *Actio institoria*, datur in mandantem praeponentem negotiationi mercatoriae aliquam personam ex contractu inito cum persona praeposita seu institore. — *Actio quasi institoria* dicitur si negotiatio animo mercatorio non sit facta (*mandatum civile* ut distinguatur a *commerciali*). — *Actio quod iussu, de peculio, tributaria*, dabantur in mandantem patremfamilias aut dominum ex contractu inito cum filiofamilias aut servo. Cfr. *Gaium* IV. 71.

(11) D. h. t. L. 10. § 9., 12. § 9., 27., 45., 56. § 4.; C. h. t. L. 4.

(12) *Paulus* II. 15, 2.; L. 12. § 9. D. h. t.; L. 1. C. h. t. Immo interdum mandatarius potest exigere in antecessum expensarum solutionem, quae necessariae sunt ad mandatum implendum. L. 12. § 7. D. h. t.

451. Cessatio contractus. Mandatum cessat: 1° mandato adimpleto, mutuo consensu, die aut conditione resolutive adveniente. — 2° *voluntate unius contrahentis*, scilicet: a) *mandantis* (13), qui, modo mandatum alterius personae non intersit, potest revocare mandatum sive expresso sive tacito modo; nota autem revocatio esse debet, secus nullum effectum habet. — b) *voluntate mandatarii* si revocet acceptationem mandati (14), modo hoc faciat congruo tempore vel ex legitima causa, et revocationem denuntiet mandanti. — 3° *Morte*: a) *mandantis* mandatario nota (15), nisi aliter conventum sit, vel agatur de mandato cuius adimplementum natura sua post mortem fieri vel perdurare debeat (16), b) *mandatarii* cum eadem exceptione. Ceterum haeredes mortem mandatarii denuntiare debent et interea prosequi in actibus gestionis prorsus necessariis (17).

§ 2. DE SOCIETATE

Inst. 3. 25. de societate — D. 17, 2. pro socio — C. 4, 37. eod.

452. Notio. Societas est contractus consensu initus, quo plures personae (*socii*) inter se conveniunt de aliqua mutua praestatione offerenda, ut aliquis finis communis obtineatur.

453. Historia. Hic contractus intime connexus cum progressu commercii et industriae longo tempore fuit ignotus Romanis. Societas plurium supplet insufficientiam actionis individui: iam vero in initiis Status Romani privati adunati in *gentes* et quamdam veluti familiam valde numerosam constituentes, societatis conventionalis necessitatem haud sentiebant, praesertim nondum evoluto commercio et industria. *Gentes* autem

(13) *Gaius* III. 159.; § 9. *Inst. h. t.*; L. 1. § 2. D. quod iussu 15, 4.; L. 12. § 16. D. h. t. Revocari autem potest quamvis iam coeptum fuerit, sed quod factum fuerit valebit; ne prorsus teneatur mandans, debet revocare mandatum re integra.

(14) § 11. *Inst. h. t.*; L. 22. § 11. D. h. t.

(15) *Gaius* III. 160., § 10. *Inst. h. t.*; L. 26. pr. D. h. t.; L. 15. C. h. t.

(16) L. 12. § 17., 13., 27. § 1. D. h. t.

(17) *Gaius* III. 160.; § 10. *Inst. h. t.*; L. 27. § 3., 57. D. h. t.

cum efformarentur vinculis parentelae verae aut fictae, non poterat esse quaestio de contractu nec de obligatione. Dissolutis *gentibus*, tum coepit sentiri necessitas societatis ad habendum capitale et conspirationem plurium in labore communi: quae conspiratio plurium, in defectu vinculi familiaris, debuit obtineri per conventionem: quae tamen non statim produxit veram obligationem, sed socii considerabantur uniti vinculo amicitiae et mutuae fiduciae simili antiquo vinculo familiaritatis: *cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat*. Ulpianus in L. 63. pr. D. h. t.

Solum sub finem reipublicae conventio inter socios agnita est civiliter obligatoria et adnumerata est inter contractus *consensu* initos et *bonae fidei*, retentis quibusdam characteribus, qui ad antiquum *ius fraternitatis* manifestam habent relationem. Nam 1^o singuli socii iuria habent aequalia: contractus unicum habet nomen *societas*, unica producitur actio, *pro socio*, quam singuli socii in alios socios experiri possunt. 2^o Haec actio infamiam inducit (*Gaius* IV. 182.; D. 3. 2. de his qui not. inf. L. 1.) — 3^o Nullus socius potest condemnari erga alios nisi *in id quod facere potest* D. h. t. L. 63. pr.

454. *Requisita contractus*. Praeter capacitatem sese obligandi in *subiecto* requisitam; *obiectum* debet esse aliqua praestatio in commune afferenda, sine qua nequit aliquis fieri socius: quae praestatio non necessario debet esse pecunia aut res aliqua pecunia aestimabilis vel creditum, sed potest etiam conferri *personalis opera vel industria* (*Gaius* III. 149.). Praestatio autem conferri debet in communem finem ab omnibus consequendum, qui in eo consistit, ut unusquisque fruatur effectibus mutuarum collationum (18): ut autem sit aptus vero contractui societatis ineundo, ille finis debet esse iuridicus, patrimonialis et physice, moraliter et iuridice possibilis (19.).

(18) Si quis *obiectum materiale dumtaxat* conferat, quin ad finem communem referat, contractus societatis non habetur, sed potius habetur sic dicta *societas leonina*. D. h. t. L. 29. § 2. Item si acquiritur communiter res, sed non ea intentione, ut omnes communiter fruantur, habetur *communio*, sed non *societas*. D. h. t. L. 31. 32. 33. 34.

(19) D. h. t. L. 3. § 3. L. 57. ubi Ulpianus: « *rerum inhonestarum nulla est societas* ».

Vinculum obligationis bilaterale perfectum exsurgit ex nudo consensu. Quoniam autem generatim loquendo societas initur ad aliquod lucrum obtinendum (licet possit etiam habere finem scientificum, litterarium aut recreationis), si nihil de partibus lucri aut damni conventum sit, aequales partes et in lucro et in damno spectantur; possunt tamen contrahentes convenire ut diversae sint partes sive in lucro sive in damno; immo ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod tamen ita intelligi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum illatum sit, compensatione facta solum quod superest intelligatur lucri esse. Inst. h. t. § 1. 2.

455. *Effectus contractus relate ad socios.* Ex natura contractus synallagmatici sequitur quod producitur obligatio in omnibus sociis erga alios, cuius implementum petitur per actionem *pro socio*, quae est bonae fidei.

1° Singuli tenentur ad praestationem promissam.

2° Singuli tenentur de evictione et de vitiis quoad res in commune collatas.

3° Singuli ius habent administrandi obiectum societatis, modo id non fiat contra naturam finis societati praescripti nec altero socio invito. Nam ex una parte singuli sunt domini, ex altera parte sunt dumtaxat condomini (20). Quare alii socii possunt exigere restitutionem in integrum pro actu administrationis contra ipsorum voluntatem positum. Generatim tamen administratio committitur uni ex sociis, sive per ipsum contractum societatis, sive per conventionem subsequentem. Hinc administrationi applicanda sunt principia generalia de mandato et de negotiorum gestione, quamvis socius non respondet nisi de culpa levi in concreto (21).

Socius damnatus ob dolum, infamiam incurrit. Ex alia parte ex iure fraternitatis socii gaudent beneficio competentiae (22).

(20) Arg. D. 10, 3. communi div. L. 28.

(21) § 9. Inst. h. t.; L. 72. D. h. t.; L. 63. pr. D. eod. Conciliationem huius legis cum lege 16. D. 42, 1. vide apud Glueck XV. 967. et Van Wetter, Les obligat. III. 155. n. 41.

(22) D. 3, 2. de his qui not. inf. L. 1.; Inst. 4, 6. de action. § 38.

Effectus contractus relate ad tertias personas. Contractus societatis non inducit personam iuridicam distinctam a persona singulorum sociorum, ideoque iura et obligationes societatis erga tertias personas eadem sunt, quae competunt unicuique socio: societas relate ad extraneos non existit sed tantum individua (23).

Quare: 1^o si omnes socii cum tertia persona contraxerunt, unusquisque erga illam fit creditor vel debitor pro virili parte (24); si omnes *ut socii* contraxerunt obligantur pro parte societatis (25). Si agitur de argentariis associatis, hi ex speciali dispositione fiunt creditores vel debitores in solidum tertii, cum quo contraxerunt (26).

2^o Si unus aut aliqui tantum ex sociis cum tertio extraneo contraxerunt, eaedem regulae applicantur: illi tenentur pro parte virili, extraneus pro toto (27). Interdum tamen obligatio ab uno vel pluribus sociis suscepta cum extraneo potest habere vim inter hunc et ceteros socios, qui cum ipso non contraxerunt: id accidit si socius qui contraxit habuit aliorum mandatum: item si gestio socii fuerit ab aliis approbata: immo extraneus potest generatim agere in omnes socios, si contractus utilitatem societati attulit et uti potest actione *de in rem verso* (28).

456. *Cessatio seu dissolutio societatis.* Illa cessatio potest provenire ex *obiecto*, ex *vinculo* et ex *subiecto*.

(23) D. 3, 4. quod cuiusc. univ. L. 1. pr. Excipitur societas, quae tamquam persona iuridica a publica auctoritate recognita est.

(24) Arg. D. 45, 2. de duob. reis L. 11. § 1. 2. et D. 45, 3. de stipul. serv. L. 37.

(25) D. 14. 1. de exercit. act. L. 4. pr. Alii tamen interpretes aliter rem explicant, atque nonnulli tenent semper obligationem dividi iuxta partem ad unumquemque in societate spectantem. Innituntur cit. L. 4. et L. 44. § 1. D. de aedil. aed. 21, 1., quas leges alii in alium sensum interpretantur.

(26) Arg. D. 2, 14. de pact. L. 25. pr. iunct. L. 21. § 5.; L. 27. pr. D. eod.

(27) L. 74. D. h. t.

(28) Cfr. *Van Wetter*, Les obligations III. 157. et n. 21.; *Dernburg*, Diritto delle obbligazioni. pag. 53.

I. Ratione *obiecti* cessat societas cessante eius obiecto *materiali*, nisi aliud aequè idoneum substituatur, vel eius obiecto *formali* (29).

II. Ratione *vinculi* cessat partium consensu et commissis die aut conditione, quae fuissent appositae ad societatem resolvendam (30).

III. Ratione *subiecti* cessat. 1^o Renuntiatione unius socii. Quivis socius potest renuntiare: sed renuntians tenetur ad damna et id quod interest, si eius renuntiatio fuit *fraudulenta* seu facta in finem frustrandi societatem ab aliqua acquisitione utili; vel *praepopera* seu facta eo momento, in quo causatur societati damnum, quod per eius dilationem fuisset evitatum, vel facta fuerit ante expirationem termini statuti nisi iusta causa excuset: in his enim casibus renuntians per dolum aut culpam damnum causat aliis sociis, quod reparare tenetur (31). Cum autem societas vere dissolvatur in contractu societatis cum determinato termino, renuntians ante termini expirationem non habet ius ad beneficia obtenta post renuntiationem, quamvis teneatur de debitis resultantibus.

2^o Dissolvitur etiam morte unius socii, etiamsi non unus solus sed plures remaneant, et societas manet soluta tum pro haeredibus defuncti tum pro aliis sociis (Inst. h. t. § 5.): societas enim initur intuitu personarum. Possunt tamen partes convenire, ut societas perseveret seu potius nova instauretur inter reliquos socios (cit. § 5. Inst. et L. 65. § 9. D. h. t.). Conventio autem, ut societas perseveret inter haeredes defuncti et socios superstites penitus irritatur (D. h. t. L. 52. § 9.): nam si haeredes sunt designati habetur *pactum successorium* seu nominatio haeredis per contractum, quae in iure reprobat; si haeredes non nominantur, sunt personae incertae, cum quibus iniri non potest contractus societatis, qui innititur fiducia erga determinatam personam.

(29) § 6. Inst. h. t.; L. 58. pr., 60. pr., 63. § 10., 65. § 10. D. h. t.

(30) Inst. 3, 29. quib. mod. oblig. toll. § 4.; D. h. t. L. 65. pr. et § 3. 6.

(31) Inst. h. t. § 4.; D. h. t. L. 65. § 5, 6.; L. 14. 15. 16. .

3° Morti quoad hunc effectum aequiparatur alicuius socii maxima vel media capitis diminutio aut decoctio, quae pariter fiduciam tollunt. (Inst. h. t. § 8.; D. h. t. L. 63. § 10).

457. *Effectus dissolutionis. I. Bonorum receptio.* Primo loco spectari debet quoad facultatem recuperandi quod quisque in societatem contulit. Qua in re: 1° si quis in societatem, non rei proprietatem, sed usum dumtaxat contulit, absolute rem recuperat; 2° si contulit proprietatem rei non consumptibilis, recuperatio est exclusa; quia cum translatio domini in societatem in hoc casu non sit necessaria sed voluntaria, socius censendus est voluisse absolute dominium conferre in societatem, ideoque res habenda est ut pertinet ad patrimonium commune societatis; 3° si agitur de rebus, quae usu consumuntur, recuperatio generatim admittenda est, quia in hoc casu collatio domini est *necessaria*. Receptio tamen etiam harum rerum potest esse exclusa speciali conventionione (32).

II. *Debitorum solutio.* Receptis, si locus sit, collationibus factis, integra sors communis seu societatis instauranda est per creditorum exactionem et purganda per debitorum solutionem (33). Debita solvenda sunt de pecunia, quae extat in arca communi; ipsa deficiente venduntur bona societatis; ipsis quoque deficientibus singuli socii de proprio privato patrimonio conferre debent iuxta quantitatem portionis, quam quisque in damnis sublevandis suscepit.

III. *Bonorum partitio.* (D. 10, 3. comm. dividundo — C. 3, 37. eod.). Illa bonorum partitio sortis communis iam a debitis liberae fieri potest vel *conventionione partium* vel *iudicis assignatione*.

1° Socii liberi sunt in partitione facienda iuxta modum electum, sc. vel per partitionem realem, si pōssibilis; vel per distributionem in sortes (*lotto*) distinctas; vel per *licitationem* rerum et divisionem pretii percepti (34).

(32) Maxima tamen habetur, quoad recuperationem rerum, sententiarum diversitas. Cfr. *Gasparolo* vol. II. p. 253.

(33) D. h. t. L. 27., 38. § 1., 59. § 1., 61. § 5., 74.

(34) Arg. C. h. t. L. 4. et C. 3, 38. comm. ntr. iud. L. 2.; C. h. t. L. 3.

2° Iisdem modis, sed necessario retento ordine supraposito, utitur iudex in divisione faciendā, quando ad hoc requisita fuit ipsius opera, quae postulatur per actionem *communi dividundo*; nec sufficit ad hoc actio *pro socio*, quae pertinet ad exigendam ab aliis sociis impletionem aliarum obligationum per contractum susceptarum aut ex re communi enatarum (35).

3° *Effectus* partitionis, est vera alienatio: quod erat indivisum fit inde divisum. Sicut in ceteris alienationibus, subsistunt iura realia, quae aliquis socius in re communi pro sua parte indivisa concesserit; quare pergunt gravare rem, in quam constituta sunt, etsi haec obtigerit alteri socio. Quare facile potest esse locus evictioni: quae si occurrat damnum debet distribui inter omnes.

458. Scholion. Actio *communi dividundo* est quidem necessaria ad obtinendam bonorum partitionem; sed praeterea concurrat cum actione *pro socio* ad obtinendam executionem obligationum contractus (datur optio inter unam vel alteram) (36). Est autem: *a*) actio *duplex* seu *mixta*, in quantum quaelibet pars simul sustinet personam actoris et rei, et tam actor quam reus potest damnari (37). — *b*) Sententia iudicis continet *adiudicationem*, qui est modus acquirendi proprietatem, in quo differt a *vindicatione* per quam iudex sententia sua definit proprietatem praeexistentem (38). — *c*) Est actio *personalis*, nam fundatur in *contractu* societatis et *obligationibus* inde resultantibus, inter quas etiam illa datur consentiendi in partitionem dissoluta societate: non innititur ulli iuri reali, non petitur per ipsam recognitio iuris proprietatis; quodsi per *adiudicationem* tribuitur proprietas, haec ante

(35) In partitione faciendā, ut servetur aequalitas vel proportio, poterit iudex alicui *adiudicare* aliquam servitutem in rem alterius, vel decernere ut alteri, quod minus recepit in partitione, pecunia compensetur. D. 10, 2. fam. ercisc. L. 22. § 3.; Inst. 4, 17. de off. iud. § 5.

(36) D. 10, 3. comm. div. L. 3. L. 4. § 3. L. 11. L. 14. § 1.

(37) D. 10, 1. fin. regund. L. 10.; Inst. 4, 17. de off. iud. § 5. iunct. § 4.

(38) Inst. 4, 6. de action. § 20.

actionem non existeret ideoque non poterat ipsi praebere fundamentum (39).

Nonnullae societates speciales.

459. A. Societas omnium bonorum, illa est, in qua omnia bona praesentia et futura cum suis oneribus comprehenduntur, seu universum patrimonium, ac proinde in societate suscipiuntur omnes obligationes praesentes et futurae sociorum. Excipiuntur bona, quae ex delicto socii originem ducunt, quia ad delictum non potest esse societas (D. h. t. L. 53.): si tamen socius culpabilis fructus delicti v. gr. rem furtivam sponte in commune contulit, illud non potest repetere titulo indebiti: relate vero ad alios, societas ex delicto non tenetur, nisi ad restitutionem rei furtivae collatae, socius vero culpabilis tenetur pro parte sociali.

In hoc differt ab ordinaria societate, quod ex sola vi contractus, quin necessaria sit ulla traditio, omnes res corporales sociorum transeunt in proprietatem societatis (D. h. t. L. 1. 2.), in qua re habetur exceptio principio, quod traditionem exigit ad dominium transferendum (40). At bona futura sociorum non acquiruntur societati, nisi per traditionem.

B. Societas quaestus seu universorum, quae ex quaestu veniunt. Haec dumtaxat complectitur futuras acquisitiones titulo oneroso, seu omnes quaestus ex operibus et bonis sociorum comparatos: quare in societatem non veniunt nec bona sociorum praesentia, nec futura titulo gratuito acquisita, nec obligationes quae nullam habeant relationem ad quaestum (41). In dubio, num societas, generali modo inita, sit universorum bonorum vel societas quaestus, pro hac altera, seu pro minimo standum est.

(39) Cit. § 20. Inst.; D. 10, 1. fin. regund. L. 1. Nonnulli tamen interpretes tenent actionem *communi dividundo* esse mixtam ex reali et personali.

(40) Non desunt tamen interpretes, qui hic fingant, dominium transire vi constituti possessorii taciti et consequenter vi tacitae traditionis.

(41) D. h. t. L. 7. 8. 9. 10. 12.

C. Societates publicae, illae sunt, quae ab auctoritate publica recognitae erant et habebantur tamquam personae iuridicae sive civiles (v. gr. societates vectigalium, aurifodinarum, salinarum etc.). In quibus accurate distinguenda est, qualitas societatis et qualitas personae iuridicae; prima effectum habet quoad socios, qui in relationibus quas inter se ut tales habent subiiciuntur iam traditae theoriae de contractu societatis; altera qualitas effectum habet ad extra erga personas a societate extraneas, pro quibus ipsa persona iuridica est domina, creditor aut debitor, dum socii ut tales non existunt. Quare talis societas non dissolvitur nec per renuntiationem unius socii, nec per eius mortem. Inde etiam fit, ut societate dissoluta, creditoribus nullum ius sit in sociorum personas, sed tantum in bona a persona iuridica relicta.

CAPUT X.

DE PACTIS IURE CIVILI FIRMATIS

§ 1. DE CONTRACTIBUS INNOMINATIS

460. Notio. Contractus, qui dicuntur *innominati*, eo quod speciale nomen non acceperunt, sed sub variis coventionum figuris fuerunt comprehensi, serius obtinuerunt vim iuridicam civilem. Constituunt ultimum complementum in evolutione theoriae romanae contractuum. Theoria de his contractibus coepit elaborari ultimis temporibus Reipublicae, perfecta est primis saeculis Imperii et doctrinam fixam obtinuit sub finem periodi classicae iuris romani, quamvis non desint qui asserant non esse factum nisi sub Iustiniano.

Tria autem elementa requiruntur ad hoc ut aliqua conventio adnumeretur contractibus innominatis: 1° requiritur pactum bilaterale (pactum sc. *nudum*, quod in se iam non habeat valorem iuridicum civiliter obligatorium), quod unicuique parti contrahenti imponat onus alicuius praestationis. Cum autem *praestatio* possit consistere *in re* (*dare*), vel *in facto* (*facere*), facile apparet omnes applicationes posse reduci ad quatuor capita seu quatuor iuridicas figuras, sc.: *do ut des*, *do*

ut facias, facio ut des, facio ut facias. (*Paulus* in D. 19. 5. de praeser. verb. L. 5 pr.); 2° opus est ut ab una parte executioni mandata sit conventio seu pactum, seu quod praestatio ab una parte sit facta (*aliquid datum vel aliquid factum*), in hunc finem ut habeatur ius exigendi ab alia parte reciprocam conventam praestationem (solus enim consensus ex generali principio de pactis non sufficeret ad inducendam obligationem): 3° necesse est, ut pactum, sive ratione sui, sive ex praestatione, quae ipsi adiungitur et pactui dat vim producendi obligationem, non constituat contractum, cui iam proprium nomen inditum sit. Quare conventio *do (rem) ut pecuniam des*, licet sit *negotium do ut des*, non est contractus inuominatus, quia iam in iure habet proprium nomen et propriam sanctionem « *emptio venditio* », quae solo consensu perfecitur, et subsequens praestatio ab una parte facta eius naturam non mutat. Hic ergo est character horum contractuum, quod, cum sint recogniti a iure civili, non habent speciale nomen technicum(1), quo designentur, ut habent contractus antiquiores. Vel ipsa actio proprium vocabulum, quo designetur, non habet et dicitur *civilis actio in factum vel civilis actio incerti* vel actio praescriptis verbis (2).

461. *Historia.* (3) Initio illa conventio, qua unaquaeque pars teneretur ad aliquam praestationem, non fuit agnita ut obligatoria, etiam pro casu quo una pars voluntarie suam praestationem fecisset; quod factum non dabat ius exigendi ab altera parte reciprocam praestationem. Si illa unius partis executio consistebat in aliqua *ditione*, poterat res tradita repeti, altera parte recusante exequi suam praestationem; quam

(1) Dicuntur a Iuliano *contractus quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt* in D. 19, 5. de praeser. verb. L. 3.

(2) D. 19, 5. de praescript. verbis L. 1. § 1. L. 16. pr.; D. 16, 3. depositi l. 1. §. 1.

(3) Iuvat notare historicam evolutionem, licet satis clare appareat in textibus, non posse tamen cum certitudine proponi ex illa ratione, quod plures textus ad hanc rem pertinentes satis communiter dicuntur fuisse interpolati a collectoribus byzantinis ex studio illos accomodandi theoriae eo tempore post varias haesitationes definitive receptae.

facultatem repetendi exigebat ipsa aequitas, ne altera pars iniuste ex datione ditesceret. Haec repetitio erat sic dicta *condictio ob rem dati* vel *condictio causa data causa non secuta*. D. 19. 5. de praeser. verb. L. 5. § 1. (4).

Illa tamen protectio non erat sufficiens; nam *condictio* effectum habere non poterat si res periisset casu fortuito, nec poterat habere locum quando praestatio constitisset in facto, *facere*, cum factum nequeat esse obiectum restitutionis, et repetitionis. Inde excogitata est *actio de dolo* (D. eod. L. 5. § 3.). Quae actio, sicut aliae ex delicto ortae, ex una parte nimium habebat rigorem, cum infamiam induceret, ex alia parte solum poterat applicari si per fraudem restitutio reddita fuisset impossibilis, non poterat intentari nisi infra annum nec transibat ad haeredes nisi in quantum locupletiores facti essent.

Quare Prudentes excogitarunt actionem, quae inserviret ad constringendam alteram partem ad reciprocam praestationem faciendam et inde oriretur ex ipso pacto; et hoc erat pactum ipsum in contractum convertere. Qua in re plurimae adfuerunt haesitationes, praesertim quia non facile poterat reduci ad classes contractuum iam admissorum. Nonnulli ex analogia, quam nonnulla ex his pactis habent cum contractibus *re* vel *consensu* initis, voluerunt tribui actionem praetoriam *in factum* (5). Alii in his pactis potius agnoscendum censuerunt *negotium civile novum*, cui nova actio civilis esset concedenda. Talem actionem novam iam excogitaverat *Labeo* pro casibus exceptis in quibus conventio omnia habebat elementa contractus, et dubitabatur in qua specie contractus esset reponenda, quo casu permittebat *agere cum intentione incerta* (*civilis actio incerti*) et magistratus in *formula* inserere debebat *praescri-*

(4) Sensus illius formulae « *condictio ob rem dati* » facile intelligitur. Qui fecit praestationem, *datio*, illam fecit intuitu praestationis alterius partis, *ob rem*; quare dum repetit, *condictio*, *condicit*, repetit obiectum dationis, *datum*, repetit *datum ob rem speratam*, *condictio dati ob rem* seu *condictio ob rem dati*.

(5) Cfr. *Gaium*, *Julianum*, *Africanum* in D. 19, 5. de praeser. verb. L. 22. L. 13. § 1. L. 24. Hi tamen textus a pluribus habentur interpolati.

ptionem, qua iudici indicaret factum, quin *nomen* ipsi tribueret; et inde appellationes *actio (civilis) in factum, agere praescriptis verbis* (6). Quae innovatio *Labeonis* visa est congrue applicari huic novo negotio civili, cui cum ita data sit actio ex ipsa conventionione resultans, transformatum fuit in verum contractum.

Tempore *Ulpiani* iam videtur pacifice facta admissio horum contractuum. Ubi habetur pactum bilaterale et subsequens executio unius partis, est permissum *agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*. (*Ulpianus* in D. 19, 5. L. 19. pr.). Quae actio datur ei, qui promissam praestationem executus est, ad obtinendam ab altera parte reciprocam praestationem, qui tamen potest etiam uti *condictione ob rem dati*, seu datur ipsi optio inter executionem et resolutionem contractus.

Praecipuae ac frequentiores applicationes contractus innominati fuerunt: *Permutatio, aestimatum, precarium, transactio*, quibus ipse frequens usus dedit nomen proprium.

I. De permutatione.

D. 19, 4. de rer. permut. — C. 4, 64. eod.

462. *Permutatio* est contractus, vi cuius quis, re alteri data, hunc sibi obligat ad aliam rem dandam.

Est ergo *negotium do ut des*, in quo una pars rei proprietatem in alterum transfert, qui vicissim alterius rei proprietatem in primum transferre debet. Similitudinem habet cum emptione venditione, in qua res commutatur cum pretio (*in numerata pecunia*); nihilominus venditio fuit contractus, permutatio diu mansit simplex pactum, donec adnumerata fuit contractibus innominatis (Inst. 3, 23. de empt. et vend. § 2).

(6) Cfr. D. h. t. L. 1. § 1. 2. L. 19. — Certe illa denominatio *agere praescriptis verbis* data est in relatione ad modum procedendi per formulas. Cum esset impossibile in *demonstratione* nominare *negotium*, quod dabat locum actioni, substituebatur *demonstrationi praescriptio* i. e. summaria relatio conventionis initae; inde *agere praescriptis verbis* i. e. *agere per actionem*, « *quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat* ». C. 2, 4. de transact. L. 6.

Discrimina praecipua sunt: 1^o venditio *nudo consensu* perficitur; in permutatione executio conventionis ab una parte facta est quae obligationem parit; 2^o In venditione unius obligatio necessario habet pro obiecto solutionem pretii in numerata pecunia; in permutatione rem quamcumque; 3^o In venditione unus (emptor) tenetur *dare*, alter (venditor) solum tenetur *vacuam possessionem tradere*: in permutatione uterque tenetur *rem dare*; 4^o in permutatione is, a quo facta est *datio*, optionem habet inter actionem *praescriptis verbis* ut contractus impleatur et *condictionem ob rem dati* (seu *condictionem causa data causa non secuta*) ut a contractu resiliatur; in venditione, venditor cui solutio pretii non est facta, non inde habet ius resolvendi contractum.

Ceterum utrumque negotium iisdem subiacet regulis quoad evictionem et vitia praestationis et quoad praestationem cul-pae. (D. h. t. L. 1. § 1. L. 2.).

II. De aestimato.

(D. 19, 3. de aestimatoria).

463. *Contractus aestimatorius (aestimatum)* ille est, in quo quis alteri rem certo pretio aestimatam vendendam tradit eo pacto, ut pretium aestimatum solvat aut rem restituat (D. h. t. L. 1. pr. et § 1.) (7).

Longo tempore dubitatum est de natura iuridica huius negotii (8); tandem vero admissum fuit tamquam *negotium ci-*

(7) In praxi hic contractus locum habebat inter mercatores et transactores seu intermedias personas (*circitores*), qui mercatus percurrebant ad collocandas merces. Ut eorum excitaretur industria, permittebantur pro se retinere quidquid obtinerent supra pretium aestimationis. Quae ratio agendi etiam in praesenti modo commercium peragendi usitatis-sima est. In edicto praetorio hic contractus videtur haberi tamquam typus contractus innominati.

(8) Haec dubitatio facile explicatur, quia *tradens* facile considerari poterat ut *venditor* vel *locator operis faciendi* aut *conductor operarum* vel ut *mandans*. — Facile tamen distinguitur: a) a venditione, quia est contractus re initus et accipiens, loco pretii, potest rem reddere; b) a locatione operis, quia est contractus re initus, quia merces non est ele-

vile simile contractibus bonae fidei; quae similitudo cum non esset plena et perfecta cum aliis contractibus iam notis et proprium nomen habentibus, data est facultas agendi per formulam a Labeone inventam, *agere praescriptis verbis* (D. h. t. L. 1. pr.) et negotium adnumeratum est contractibus innominatis (9).

III. De precario.

(D. 43, 26. de prec. — C. 8, 9. eod.).

464. *Precarium* est quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur. Qui concedit precarium dicitur *precario dans*, vel etiam *rogatus*, quia praesertim diu intercedebat rogatio accipientis; sed preces non requiruntur essentialiter (10).

Diu precarium habitum est tamquam relatio meri facti, nullam actionem tribuens concedenti (11). Huic tamen posterius datum fuit *interdictum de precario* ad recuperandam rei possessionem. Tandem in ipsa conventionem agnita est relatio obligatoria, *negotium*, quod, cum non posset confundi cum

mentum essentielle contractus, quia non agitur de opere certo implendo et quia qui aestimatum rem accipit non cogitur vendere et pretium solvere, sed potest rem reddere; c) a mandato, quia deficit certitudo iussus, et accipiens non obligatur taxative ad rem vendendam; d) a deposito, quia res traditur non custodienda sed vendenda; e) a societate, quia accipiens non cogitur ad conferendam quotam suam, quae consisteret in activitate; f) a contractu proxenetico, quia proxeneta est persona media, quae partes coniungit ad contrahendum, nec contractum ipsum ingreditur; hic autem accipiens directe contractum init.

(9) Actio etiam dicitur *actio praescriptis verbis aestimatoria* vel *actio de aestimato*. Contractus videtur bilateralis imperfectus. Plura sunt inter interpretes de hoc contractu controversa; v. gr. utrum rei traditae dominium transeat in eum qui vendendam accipit, utrum hic ad rei periculum teneatur. Cfr. *Van Vetter*, Des obligations II. 133.

(10) Cfr. D. h. t. L. 1. pr. L. 4. § 4.; *Paulum* V. 6, 11.

(11) Nihilominus usus precarii antiquissimam habet originem, cum patritii possessores *agri publici*, agri partes gratuito concedebant iis, quos sibi devinctos habebant vinculo clientelae. Sed relatio inter patronum et clientem *officia* gignebat, non veram *obligationem*; ideoque precarium non habitum est actus iuridicus.

aliis iam notis, adnumeratum est inter *negotia nova* et fuit firmatum actione *praescriptis verbis* (*Ulpianus*, D. h. t. L. 2. § 2.) et factum est contractus innominatus (12).

IV. De transactione.

(D. 2, 15. de trans. — C. 2, 4. eod.).

465. *Transactio* supponit ius litigiosum inter duas personas, ideoque subiective dubium, et consistit in conventionione, qua unus alteri iuris alicuius concessionem facit, mutuam concessionem recipiens.

Historia. — Initio fuit simplex pactum omni vi civiliter obligandi destitutum, quod solummodo dabat locum *exceptioni doli*, per quam quaelibet pars poterat repellere alteram intentantem actionem circa quaestionem iuris, cui finem imposuerat transactio (D. h. t. L. 16.). — Ut autem pars quae transegit posset habere medium ad obtinendam praestationem vel cessionem iuris in conventionione promissam intuitu propriae praestationis vel cessionis, illa conventio reddebatur obligatoria per stipulationem. Poterat etiam adiungi pacto transactionis clausula poenalis, *stipulatio poenae*, per quam summa pecuniae esset solvenda ab eo, qui transactionem non servasset seu executus esset. Tandem transactio fuit adnumerata inter contractus innominatos; qua ratione qui pactum transactionis ex sua parte executus esset poterat agere *praescriptis verbis*, ut obtineret ab altera parte reciprocam executionem (13).

466. *Subiectum, obiectum, vinculum.* *Subiectum* debet esse capax alienandi, quia per ipsam quis alienat seu promittit alienare ius (Cfr. L. 38. C. h. t.). Fieri autem potest transactio etiam per mandatarium.

(12) Saepe in iure classico habetur precarii applicatio in casu, quo creditor, recepta re in pignus, consentiebat in ea relinquenda in possessione debitoris cum facultate illam repetendi quandocumque voluisset.

(13) Cum transactio praecipuum habeat momentum in foro ecclesiastico, magis in particulari de ipsa hic videtur agendum:

Obiectum veluti *materiale* est ius aliquod subiective *incertum* (ne secus habeatur potius donatio) et transactionis capax. Iam vero non est capax transactionis res extra commercium aut iuris publici v. gr. crimen (Ofr. tamen l. 18. C. h. t.): ius autem circa crimen privatum potest esse obiectum transactionis, modo crimen iam fuerit admissum (14). — Obiectum vero *formale* est renunciatio iuri proprio, quam quis facit pro parte favore alterius vel etiam in totum (15), modo huic renuntiationi respondeat acquisitio mutuae praestationis sive pro parte sive in totum ab altero faciendae. Quae mutua praestatio est essentialis et constituit formam transactionis; si quis enim compensationi renunciaret, donator potius esset dicendus (16).

Vinculum autem inducitur per conventionem, quae vel civilem habeat formam, vel sit facta in forma stipulationis aut contractus innominati.

467. *Effectus* transactionis est, ut aequiparetur rei iudicatae et legem faciat inter partes (17). Nec transactio evanescit, si postea detegantur novae probationes in favorem unius contrahentis, sed infirmatur solum errore substantiali, dolo et vi metuve (18).

Rata manente transactione: a) *quoad contrahentes* efficacia ipsius nequit egredi obiectum, circa quod versatur, ideoque ratio non habetur alterius controversiae in transactionem non deductae (19). — Si obiectum, quod transactionis causa traditur, evincatur, evictio praestanda est (20). Si una pars transactioni stare non vult, eius implementum urgeri potest per actionem *ex stipulatu* (si in forma stipulationis facta fuisset) aut per actio-

(14) D. 2, 14. de pactis L. 7. § 14. L. 27. § 4.; D. 47, 2. de furtis. L. 54. § 5.

(15) C. h. t. L. 9. L. 34.

(16) C. h. t. L. 38. Cfr. C. 6, 31. de repudianda haered. L. 3.

(17) C. h. t. L. 20. 11. 5. 10. 16.

(18) C. h. t. L. 3. § 2. 15. L. 42. L. 13. L. 22. L. 30. L. 35.; D. h. t. L. 9. § 2.

(19) D. h. t. (2, 15.) L. 9. § 1. L. 12.; C. h. t. L. 35.

(20) C. ib. L. 21. L. 34.

nem *praescriptis verbis*. Sed generatim propter non adimplementum unius partis non rescinditur conventio, sed urgeri potest et subsidiarie exigi id quod interest (21) et poena quae stipulata fuerit. Si tamen transactio facta est per contractum realem innominatum, praestatio ab una parte facta condici potest *condictione causa data causa non secuta* (22), ideoque transactio rescinditur. Pariter rescindi potest, si pactum inter partes intercesserit de transactione rescindenda (C. h. t. L. 17.).

b) quoad *tertias personas* generatim transactio est res inter alios acta, quae nullam habet efficaciam (23). — Habet tamen efficaciam respectu domini si facta fuit ab eo, qui eius personam gerabat; respectu successorum titulo particulari quoad rem transactam; respectu debitoris aut creditoris in solidum; respectu haeredum partium.

§ 2. DE PACTIS CONTRACTUI ADIECTIS

468. *Efficacia civilis pacti adiecti*. Quemadmodum fecit in contractibus innominatis, ita etiam in pactis adiectis ius civile derogationem admisit generali principio: *ex pacto actionem non oriri*. Actus iuridicus a Romanis habebatur ut totum aliquod indivisibile *uno contextu* positum, ideoque non admittebat immutationes in normali effectu iuridico, quem ex lege producere debebat. Omnis ergo immutatio post perfectum actum iuridicum inducta debebat carere effectu; prior actus ut redderetur inefficax debebat destrui et novum poni.

Haec regula longo tempore obstitit valori pacti adiecti. Postquam vero in aedicto Praetorio proclamata est necessitas rationem habendi pactorum inter partes initorum, *pacta adiecta* fuerunt protecta *exceptione pacti conventi*. Ius civile ulterius deinde processit atque efficacitatem civilem sub certis conditionibus tribuit pactis adiectis. Qua in re distinctio est facienda inter contractus *bonae fidei* et *stricti iuris*, inter adiectionem pacti *in continenti* et *ex intervallo*.

(21) C. h. t. L. 6. L. 34.

(22) D. 12, 6. de condict. indeb. L. 23, § 3.

(23) D. h. t. L. 3. pr. L. 2. 10.; C. h. t. L. 26.

a) *In contractu bonae fidei* pactum adiectum *in continenti* admissum est constituere unum idemque negotium cum contractu seu civili conventionione, cui adiungitur, et inde unam eandemque actionem inservire ad id exigendum quod ex natura principalis negotii iuridici procedebat et etiam ad id quod per pactum adiectum fuisset ulterius additum (24). Videlicet in continenti adiecta considerabantur tamquam pars integrans contractum (*legem dans contractui*); quod facile explicatur in bonae fidei contractibus, in quibus attendenda est magis voluntas contrahentium et praesertim in iis contractibus, qui *consensu* ineuntur, in quibus momentum concursus duplicis voluntatis non determinatur per *actum formalem*, ut evenit in contractu *verbis* vel *litteris*. — Si pactum adiectum fuisset *ex intervallo*, applicabatur rigor iuris antiqui et denegabatur ipsi efficacia *ipso iure* (D. h. t. de pact. L. 7. § 5.). Si tamen pactum adiectum fuisset contractui consensuali, *re nondum secuta*, adhuc considerabatur ut unum faciens cum contractu. Nam contractus *consensu* initi, *re adhuc integra*, possunt dissolvi *ipso iure* per *mutuum dissensum*; quare nondum secuta executione nequidem ex una parte, *contractus* et *pactum adiectum* ex intervallo, in ordine ad immutanda essentialia illius elementa, poterant considerari ut duae conventiones iuxta positae, ita ut haberetur *mutuus dissensus* dissolvens primum contractum et *novus consensus* restituens contractum cum elementis diversis; quare in casu pactum non habebat characterem clausulae superadditae ad immutandum actum iam perfectum, sed novi actus iuridici substituentis praecedentem quando haec substitutio, *re integra*, adhuc erat possibilis (25).

b) *In contractu stricti iuris*. Iuris evolutio hic tardior fuit: praeter principium de continuitate actus iuridici, aliud etiam opponebatur; nam pactum adiectum debebat augere aut

(24) D. 2, 14. de pactis L. 7. § 4. 5. 6.

(25) « Nam si potest tota res tolli, cur non et reformari, ut quodammodo, quasi renovatus contractus videatur », Ulpianus in D. 2, 14. de pactis L. 7. § 6.; et Paulus in D. 18, 1. de contr. empt. L. 72. pr. « recessus à priori contractu et nova emptio intercessisse videtur ».

minuere obligationem. Iam vero augmentum obligationis non poterat sanciri per *condictionem*, quia in contractibus stricti iuris extensio obligationis antecederet et rigorose erat determinata per formulam *verbalem* vel *litteralem*, aut per *rem* in mutuo; qua in hypothese admissio validitatis pacti, fuisset tribuere conventioni superadditae id, quod negabatur principali, sc. effectum obligatorium simplicis consensus. In casu diminutionis obligationis, ob similem rationem debitor *stricto iure* debuit manere obstrictus ad integram promissionem praestandam. Quare nihil aliud fieri poterat nisi tribuere *exceptio-nem pacti conventi*, nec character *unilateralis* contractuum *stricti iuris* suppeditabat modum ad firmandum per aliquam *actionem* pactum adiectum.

Qui principiorum rigor numquam fuit temperatus quoad pacta adiecta *ex intervallo*: aliter factum est quoad pacta adiecta *in continenti*, quorum valor admissus est in *mutuo* (26). Numquam tamen admissum est pactum, quo debitor adstringeretur ad reddendum plus quam acceperat, nec permissum fuit debitori, ut per *actionem* exigeret impletionem pacti *ad minuendam obligationem*. Quoad pacta adiecta *stipulationi*, nimis rigor non aderat in eis repellendis, cum liberum esset partibus illorum obiectum in stipulationem introducere; nihilominus eorum valor, licet non sine aliqua haesitatione (27), tandem admissus fuit *ipso iure*, in pactis tum *ad minuendam* tum *ad augendam obligationem* adiectis.

Cum plurimis modis partes convenire inter se possunt de conventionem immutanda, pacta adiecta plurima esse possunt: praecipua vero sunt: pactum *de retrovendo*, *protimeseos*, *displicentiae*, *in diem addictio*, *lex commissoria*, *reservati domini*, *reservatae hypothecae*, *de non alienando*.

(26) V. gr. pactum, quo mutuatarius potest sortem restituere partialibus solutionibus (pactum *ad minuendam obligationem*), vel quo idem renuntiat beneficio termini (pactum *ad augendam obligationem*). Ulpianus in D. 12, 1. de reb. cred. L. 7.

(27) Vestigia illius haesitationis, praesertim relate ad pacta *ad augendam obligationem* adiecta, remanserunt apud Paulum in D. 12, 1. de reb. cred. L. 40.

I. Pactum de retrovendendo.

469. Hoc pactum consistit in clausula adiecta emptioni venditioni, et vi illius creditor sibi reservat ius rem venditam iterum sibi emendi et emptor tenetur eam retro vendere ipsi venditori (28). Quae clausula constituit aliam conventionem seu conventionem venditionis sub conditione (29).

De quo pacto hae regulae sunt tenendae: 1° inducit in emptore obligationem rem iterum vendendi venditori, qui pacto uti velit, quae obligatio firmatur *actione venditi et actione praescriptis verbis*. Dominium quidem transit in emptorem, salva obligatione personali resultante ex pacto de retrovendendo. Quare alienationes factae ab emptore tenent, et venditor habet ius in solum emptorem ad *id quod interest*. Aliud esset dicendum si pactum adiectum esset sub forma conditionis resolutivae (*ut res inempta sit*), quod tantum fieri potest si pretium retrovenditionis aequet pretium primae venditionis: 2° venditor qui vult uti iure ex pacto sibi quaesito, debet suam voluntatem infra terminum forte conventum emptori denuntiare (30), a quo momento pactum ipso iure mutatur in venditionem et ad priorem venditorem rei commodum pertinet. (C. 4, 54. de pact. int. empt. et ven. L. 2. 7.); 3° salva conventionem in contrarium, pretium emptori reddendum est pretium prioris venditionis. (C. ib. L. 2. 7.; D. 19, 5. de praescr. verb. L. 12.).

II. Pactum protimeseos (31).

470. Hoc pactum nihil aliud est, nisi clausula adiecta obligationi principali, vi cuius creditor sibi reservat ius, ut si

(28) Idem dicatur, mutatis mutandis, circa pactum de retroemendo quoad emptorem, per quod pactum emptor sibi reservat ius obligandi venditorem ut iterum rem emat.

(29) Cfr. D. 19, 5, de praescr. verb. L. 12.; C. 4, 54. de pact. inter empt. et vendit. L. 2.; Glueck, lib. 18. tit. 1. § 997.

(30) Si terminus praefixus non fuit, ius retrovenditionis exerceri potest spatio 30 annorum a die traditionis.

(31) Cfr. Glueck lib. 18. § 990.

quando emptor rem suam vendere voluerit, praelationem habeat in huiusmodi venditione prae alio quocumque (32). Quoad substantiam convenit cum pacto retrovenditionis, quamvis hic non venditoris, sed emptoris voluntas respicitur, sc. si emptor rem vendere voluerit.

Regulae speciales: 1° emptor novam venditionem priori venditori denuntiare debet, ut is tempore utili consilium capiat circa exercitium sui iuris (33); 2° venditor debet tradere pretium, quod emptori a tertia persona fuerit oblatum, nisi aliud pretium iam in antecessum fuerit conventum inter partes.

III. Pactum displicentiae (34).

471. Pactum *displicentiae* seu poenitentiae est clausula adiecta obligationi principali, vi cuius contrahens sibi reservat ius ab emptione venditione discedendi.

Naturam habet conditionis resolutive (si res displicebit), quae cum potestativa sit vim retroactivam non habet. — Si ageretur de venditore, huic competeat actio *venditi* et actio *praescriptis verbis*; si de emptore, actio *empti* et actio *redhibitoria*. — Qui ius suum displicentiae exercere vult, infra tempus utile duorum mensium a die principalis conventionis alteri suam voluntatem denuntiet oportet, nisi aliter conventum sit (35). — *Emptor* restituere debet rem cum omni causa a die resolutionis et damnum reficere quod cum culpa obvenit rei, quae custodiri debuit quasi sub conditione. *Venditor* restituit pretium et reficit emptori expensas necessarias et generatim etiam utiles.

(32) D. 18, 1. de contr. empt. L. 75.; D. 19, 1. de act. empt. L. 21. § 1.; D. 45, 1. de V. O. L. 122. § 3.

(33) D. 18, 2. de in diem addict. L. 8.; D. 45, 1. de V. O. L. 122. § 2. 3.; C. 4, 66. de iure empt. L. 3. § 1. 5.

(34) Cfr. *Glueck* l. c. § 1000. — Fere semper adicitur favore emptoris. Cfr. D. 18, 1. de contr. empt. L. 3.; D. 41, 4. pro empt. L. 2. § 5.; C. 4, 58. de aedil. act. L. 4.

(35) D. 21, 1. de aedil. act. L. 31. § 22.; C. 4, 58. eod. L. 4.

IV. De in diem additione.

(D. 18, 2.).

472. *In diem additio* est clausula, qua venditor sibi reservat ius rem uti inemptam habendi, casu quo melior oblatio ab aliquo alio emptore facta fuerit. Dicitur autem *additio in diem*, quia generatim possibilitas oblationis restringitur intra certum terminum.

Pactum efficere potest conventionem principalem vel ut conditio *suspensiva* vel ut *resolutiva*; in dubio praesumitur *resolutiva*, quia minus detrahit essentiae vinculi obligationis.

Regulae speciales: 1° ut conditio censeatur verificata, requiritur ut oblatio melior (i. e. magis proficua) vere et serio venditori fuerit facta (D. h. t. L. 4. § 5. 6., 6., 15. § 1.); 2° illius acceptatio pura et simplex ex parte venditoris, qui non tenetur uti iure ex pacto sibi quaesito, eiusque denuntiatio emptori facta (D. h. t. L. 8. 9. 10.); 3° ius ex pacto ortum debet exerceri tempore utili, sc. aut tempore convento, aut infra 30. annos ab oblatione tertii acceptata (ib. L. 15. pr.).

Quibus conditionibus verificatis, venditio resolvitur cum effectu retroactivo (36) et cum ipsa cadunt omnia iura in rem alteri ab emptore forte concessa (ib. L. 4. § 3. 4.); emptori autem semper competit ius praelationis in alia oblatione adhuc meliori facienda, unde resoluta priore conventionem, nova cum eodem emptore incipiat (37); quare ipsi congrua dilatio est danda ut circa suum ius praelationis consilium capiat.

V. Pactum legis commissoriae.

(D. 18, 3.).

473. *Lex commissoria* est clausula adiecta conventioni principali, vi cuius contrahens ius sibi reservat rem uti inem-

(36) Hoc intelligitur si pactum adiectum fuit ut conditio *resolutiva*; si ut *suspensiva* adiectum fuisset, valent regulae de contractu sub conditione *suspensiva* inito. — Ius resolutionis exercetur per actionem *praescriptis verbis*.

(37) D. h. t. L. 7. L. 6. § 1.

ptam habendi, si altera pars propriae obligationi haud satisfaciat (38).

Generatim pactum commissorium afficit conventionem specialem ut conditio resolutive, atque hoc praesumendum est in casu dubii (39). Adici autem potest omnibus contractibus, excepto pignore.

Regulae speciales: 1^o conditio pacti commissorii intelligitur verificata per lapsum temporis intra quod obligatio debuit executioni mandari, vel, si tempus non fuit statutum et statim executio exigi potest, per hoc quod debitor in culpa sit cur non solvat (40); 2^o contrahens, incuius favorem verificata est conditio, potest pro libito vel petere resolutionem per actionem ex contractu ortam aut per actionem *praescriptis verbis*, vel petere executionem obligationis (41); sed electio semel facta est irrevocabilis (42); 3^o resolutio contractus, contrahens, qui ipsi dedit locum, debet restituere rem cum omni causa (43); 4^o resolutio contractus habet effectum etiam respectu tertiae personae, quae forte ius reale in rem restituendam acquisivit (44).

(38) Solet frequentius adici favore venditoris pro casu quo emptor pretium non solvat. Nonnulli negant fieri posse in favorem emptoris. Cfr. *Glueck* l. c. § 1006. sq.

(39) D. h. t. L. 1. 2. 4. 5. 8.

(40) D. h. t. L. 4. § 4.; D. 21, 1. de aedilit. act. L. 31. § 22. — In primo casu certe non requiritur debitoris interpellatio: in altero casu controvertitur inter interpretes. Cfr. *Van Wetter*, Les obligations III. 187. n. 13.; *Glueck* l. c. § 1007.

(41) D. h. t. L. 4. § 2. 3. L. 2. 3.

(42) D. h. t. L. 4. § 2. L. 6. § 2. L. 7.; C. 4, 54. de pact. inter empt. et vend. L. 4.

(43) D. h. t. L. 4. pr. L. 5.

(44) D. h. t. L. 8. Si contrarium videtur poni in L. 3. C. de pactis int. empt. et vendit. (4, 54.). haec lex sese refert ad tempus, quo in controversia erat, utrum posset necne transferri dominium ad tempus vel sub conditione resolutive, quae controversia in sensum affirmativum fuit decisa a Iustiniano in L. 2. C. de donat. quae sub modo 8, 55. et in L. 26. de legat. 6. 37.

VI. Pactum reservati dominii.

474. Est clausula adiecta conventioni principali, qua venditor sibi reservat ius dominii in re tradita usquedum pretium ab emptore fuerit solutum (45).

Hoc pactum eo tendit, ut dominium rei per traditionem non transeat in casu quo transire posset. Sane iure romano, peracta venditione, res tradita emptori non secum fert dominium nisi pretium fuerit solutum: excipiuntur tamen duo casus sc. si venditor fidem secutus fuisset emptoris, et si emptor aliter satisfecisset per fideiussionem aut per pignus (46). Ergo in his duobus casibus, concessae dilationis et praestitae securitatis, pactum reservati dominii efficit, ut dominium non transeat, dum secus transiret (47). Quare effectus traditionis erat pendens veluti ex conditione suspensiva; venditio autem erat valida et pura atque periculum rei pertinebat ad emptorem (48). — Requirebatur: 1° ut emptor pretium non solveret; si enim solvebat, pactum omnino evanescebat et statim rei dominium acquirebat; 2° ut venditor suum ius exercere vellet, quo casu rem etiam apud tertiam personam vindicare poterat eamque servare usquedum pretium solutum fuisset.

VII. Pactum de non alienando.

475. Erat clausula adiecta conventioni principali, vi cuius venditor ius sibi reservabat, ne rem venditam emptor alteri cuicumque vel tantum certis personis alienaret (49).

(45) D. 18, 6. de peric. et comm. rei vend. L. 16.; D. 43, 26. de precario L. 20. Cfr. *Glueck* l. c. § 990. sq.

(46) Inst. 2, 1. de rer. div. § 41.

(47) Practice hoc pactum non solebat adici, nisi cum venditio facta fuisset cum concessione dilationis ad solvendum pretium, ita ut iuxta nonnullos interpretes ipsa pacti adiectio esset tacita concessio dilationis ad solvendum pretium.

(48) Cit. L. 16. Si venditio esset conditionata, rei periculum pertineret ad venditorem.

(49) Cfr. C. 4, 51. de reb. alien. non alienand. L. 7.

Hoc pactum ipsam venditionem non afficiebat; immo saltem intrinsece ipsam potestatem alienandi non videtur affecisse, sed *generatim* emptor validam alienationem facere poterat, sed tenebatur ad id quod interest (50). Nihilominus hoc pactum adiectum a venditore, qui ius hypothecae sibi quoque reservavit, inducit naturam iuris realis propter ius reale reservatum, cuius fit accessorium, et alienatio nan valet. (Cfr. D. 20, 5. de distr. pign. L. 7. § 2.).

Generatim, ut pactum de non alienando valeat, requiritur ab interpretibus, ut venditoris intersit, seu positivam utilitatem inde percipiat. (Cfr. *Van Wetter* III. 170.).

VIII. Pactum reservatae hypothecae.

476. Est clausula conventioni principali adiecta, vi cuius venditor sibi reservat ius hypothecae in re tradita, donec ab emptore pretium solutum sit (51). Quod pactum concipi nequit nisi in casibus, in quibus dominium rei venditae transit in emptorem iuxta dicta n. V.

Hoc pactum non afficit ipsam venditionem, quae suos habet effectus, sed dominium rei traditae; et concedit venditori privilegium hypothecae, quae praecedat omnes alias quas emptor deinde potest suae rei imponere et vel ipsam hypothecam generalem, quam antea emptor alteri concessisset super omnia bona praesentia et futura. (Cfr. C. 17, 18. qui potiores L. 7.).

CAPUT XI.

DE PACTIS PRAETORIIS.

477. *Notiones generales.* Licet nuda pacta actionem non producerent, nihilominus non omnino caruerunt effectu, cum ius honorarium satis cito ipsis succurrerit. Sane Praetor in suo edicto edicebat se iussurum servari fidem pactorum,

(50) Cfr. D. 19, 1. de act. empt. L. 21. § 5.; D. 45, 1. de V. O. L. 135. § 3.; C. 4, 6. de cond. ob. caus. dat. L. 3.

(51) Cfr. D. 27, 9. de reb. eor. qui sub tut. L. 1. § 4. L. 2.

modo neque per fraudem neque contra leges fuissent inita, « *pacta conventa quae neque dolo malo neque adversus leges... facta erunt servabo* » (D. 2, 14. de pact. L. 7. § 7.). Sed eorum sanctio consistebat in iure opponendi exceptionem, *exceptio pacti conventi*: « *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* » (Dig. ibid.). — Nihilominus certis pactis tribuit Praetor actionem *in factum*, quae idcirco dicta sunt pacta *praetoria*, quia a iure praetorio vim suam mutuabant.

Praecipua pacta praetoria sunt: constitutum, iusiurandum extra iudicium, pactum hypothecae.

478. I. Constitutum (D. 13, 5. de pecun. const. — C. 4, 18. eod.). est pactum praetorium, quo quis promittit se debitum praeeexistens constituto termino soluturum: *pecuniam debitam constituere*; et firmatur actione praetoria, *actio de pecunia constituta* vel *actio de constituta*, *actio constitutoria* (D. h. t. L. 26.). — Tria elementa debent concurrere: 1° conventio seu pactum, quin ulla determinata forma expressionis consensus requiratur: — 2° debitum praeeexistens giuridice efficax seu quod non elidatur exceptione peremptoria, quod oriatur ex obligatione sive civili sive naturali, sive pura sive condicionali aut in diem, sive habeat pro obiecto rem fungibilem (1) sive aliam praestationem. — 3° dies determinata praefixa ad solutionem novi debiti orti ex pacto, sine qua praefixione constitutum robore caret (2).

Distinguitur constitutum *debiti proprii* et constitutum *debiti alieni*, prout ipse debitor proprium debitum aut tertius alienum debitum se soluturum promittat.

Historia. Constitutum debiti proprii videtur esse excogi-

(1) Praetor quidem induxit actionem de constituta pecunia ad res fungibiles et ad tempus annale coarctatam; sed Iustinianus has limitationes sustulit et constitutum ad omne genus praestationis, eiusque actionem ad 30. annos produxit. C. 4, 18. de const. pec. L. 2.

(2) D. h. t. L. 1. § 6-8. L. 21. § 1. Ipsa vox *constituere* (*cum statuere*) significat certam diem communi consensu praefigere. Loquutio finalis cit. leg. 21. qua conceduntur 10. dies, si terminus non fuit praefixus, Paulo videtur attributa a compilatoribus. Quare iure Iustiniano diei adiectio tantum de natura videtur esse requisita, ita ut ea omissa index ipse tempus statuatur, quod minus 10. dierum esse nequeat.

tatum ad obtinendam promptiorem debiti solutionem vel ipsius dilationem (*Ulpianus* in D. h. t. L. 3. §. 2.). Iure civili hoc obtineri poterat dumtaxat per *novationem*; haec autem non poterat fieri nisi in forma minus commoda stipulationis. Lapsu vero temporis latius extensa fuit utilitas constituti, cum fuerit adhibitum ad mutandum locum solutionis debiti, ad adiiciendam conditionem obligationi praeexistenti, ad obtinendam actionem pro obligatione naturali et tandem etiam ad mutandum obiectum debiti, quo dabatur facultas plura implexiora debita reducendi ad unicum debitum consistens in certa pecunia die fixa solvenda, quod iure civili solum fieri poterat per stipulationem aut per contractum *litteris*. — Pariter constitutum *debiti alieni* fuit medium dandi cautionem pro debito alterius vel liberandi debitorem per substitutionem novi debitoris.

Actio de pecunia constituta data huic pacto videtur fuisse corollarium principii a Praetore in edicto proposito, quod pacta servari faceret, cum gravius esset *fidem fallere* post factam promissionem, per quam obligatio praeexistens agnoscebatur et confirmabatur (D. h. t. pr.). Quae actio contra constituentem, initio videtur habuisse characterem poenalem, saltem quatenus creditor poterat obtinere mulctam pecuniariam in casu non solutionis, et fidem fallere habebatur potius ut delictum quam ut violatio pacti (3). Serius dumtaxat fuit habita ut *rei persecutoria* (4).

Constitutum igitur ex tradita notione continet debiti praeexistentis agnitionem; valet tamen etiamsi debito originario

(3) Ita *Ulpianus* in D. h. t. L. 18. § 2. quaerit: *utrum poenam contineat haec actio an rei persecutionem*. Hic quoque primitivus character poenalis explicat, quod haec actio saltem in certis casibus non duraret nisi per annum et dubia de eius passiva transmissibilitate. Cfr. C. h. t. L. 2.

(4) Nonnulli interpretes constitutum derivant a *recepto argentarii*, quod dabat locum actioni *receptiliae*, et erat contractus, quo argentarius se obligabat ad faciendam die constituto solutionem tertio vel nomine tertii sine respectu ad hoc quod esset vel non esset creditor respectu argentarii aut debitor respectu illius cui facienda erat solutio. Quem originem alii interpretes negant.

substituatur nova quaedam praestatio, modo huius quantitas non superet quantitatem praecedentis (5). Ex constituto sequitur: 1^o inducitur nova obligatio, cuius implementum exigi potest actione *constitutoria*, quae antea per annum, iure Iustiniano 30. annis durat, sicut in genere omnes actiones civiles (C. h. t. L. 1.). Nihilominus originaria obligatio subsistit, ideoque si erat obligatio civilis creditor optionem habet inter primitivam actionem et actionem *de constituta pecunia* (6); — 2^o interrumpitur praescriptio quoad debitum per constitutum saltem implicite recognitum (C. 7, 39. de praescr. 30. vel. 40. ann. L. 7.).

479. II. Iusiurandum extra iudicium. Cum inter duas partes existit aliqua contestatio, possunt ex mutuo consensu ipsi finem imponere mediante *iureiurando*, quo asseratur existentia vel non existentia iuris litigiosi. Una pars alteri defert iuramentum: haec autem libera est in eo admittendo vel repellendo. Si admittit et iuramentum praestat, efficitur pactum, quod Praetor sanciebat: si repellit, reiectio nullam habet sequelam iuridicam nec potest considerari ut confessio implicita defectus sui boni iuris, nec etiam habet ius referendi iuramenti. Ergo consensus partium est necessarius ad hoc ut iuramentum praestetur et iuridicos producat effectus. Inde appellatur *iusiurandum voluntarium* vel etiam *extraiudiciale* per oppositionem ad iusiurandum *in iure* vel *in iudicio* praestitum.

Edictum, ei qui iuramentum praestitisset, dabat *exceptionem iurisiurandi* et *actionem (in factum) de iureiurando*: per exceptionem poterat repellere adversarium volentem renovare quaestionem de re iam per iuramentum decisa (v. gr. debitor, qui iuravit se nihil debere, repellet creditorem exigentem solutionem): per actionem poterit petere beneficium iuris, cuius existentia iureiurando asserta fuerit. (Inst. 4. 13. de except. § 4.; 4. 6. de act. § 11.).

Iudex actionis vel exceptionis hoc unum debet examinare,

(5) D. h. t. L. 1. § 5. 8. L. 11. § 1. L. 12.

(6) D. h. t. L. 18. § 3. L. 19. § 2. L. 28.

utrum iuramentum recte fuerit delatum et praestitum; de ipsa lite nihil debet definire, quia *iusiurandum vicem rei iudicatae obtinet* (D. 44. 5. quar. rer. act. L. 1. pr.).

480. III. Pactum hypothecae est pactum, quo debitor, aut alius pro ipso, creditori concedit hypothecam in securitatem sui crediti. Ex tali pacto nascitur ius reale hypothecae si obligatio erat capax confirmationis per hypothecam et res, quae hypothecae fuit subiecta, erat ad hoc idonea. Praeterea resultant eae omnes obligationes, quibus tenetur pignorans, in quantum nasci possunt sine rei possessione.

CAPUT XII.

DE PACTIS LEGITIMIS

481. Praenotiones. Pactum legitimum illud est, quod a lege civili (i. e. a iure civili novo) vim suam recepit, sed eo tempore, quo non amplius inter contractus recenseri poterat (1). In idem recidit alia notio qua pactum legitimum dicitur esse « Quod per aliquam constitutionem Imperatorum fuit munitum actione » i. e. per aliquam legem iuris civilis novi (2).

Praecipua pacta legitima sunt, donatio et pacta dotalia: de prima erit sermo in hoc capite, de dote in capite sequenti.

I. De donatione inter vivos

Inst. 2. 7. de donat. — 39. 5. eod. — C. 8. 54. eod.

482. Historia. I. Ius antiquum. Quinque prioribus saeculis Status Romani donationes omnino regebantur iure communi; ut perficerentur, pro diversitate casus, requirebatur mancipatio, in iure cessio, traditio aut stipulatio (Frag. Vatic. 263.).

II. *Systema legis Cinciae.* Lex Cincia de donis et muneribus (204. a. Chr.) restrinxit donationes tum quoad modum

(1) Paulus in D. 2, 14. de pact. L. 6. « *Legitima conventio est quae lege aliqua firmatur* ».

(2) Nam pacta actione munita a potestate legifera alia non habentur, nisi quae illam sanctionem obtinuerunt per aliquam Constitutionem Imperatorum. Idcirco iis pactis dicitur competere *condictio ex lege*. Cfr. Paulum in D. 13, 2. de cond. ex lege. L. un.

eas perficiendi tum quoad quantitatem: 1^o statuebat donationes non fore perfectas, nisi cum ultra observantiam formalitatum iuris communis, perfectam et completam habuissent executionem. Quare donatio *rei Mancipi*, praeter mancipationem vel in iure cessionem aut stipulationem, requirebat traditionem rei donatae (Frag. Vatic. 311. 313.); in re *nec Mancipi*, praeter stipulationem, etiam rei traditionem (ib.). Si ageretur de re mobili ulterius erat necessaria sex annorum possessio, et ante hoc tempus donator rem reclamare poterat per interdictum *utrubi* (ib. 313.). In aliis casibus donatori praesto erat, aut *exceptio legis Cinciae* ad recusandam liberalitatis executionem (ib. 310.), aut vindicatio ad obtinendam rei restitutionem.

2^o. Lex *Cincia* praeterea prohibebat donationes certam quantitatem (quae nobis nota non est) superantes, etsi iam recepissent plenam executionem. (*Ulpianus*, Liber sing. Praef. i. f.): quod illam quantitatem superabat nulliter erat donatum et repeti poterat *condictione ob iniustam causam* (D. h. t. L. 21. § 1).

Videtur, quod illi modi agendi contra donationem legi *Cinciae* contrariam, non ab ipsa lege fuerunt constituti, sed a praetoribus et iurisconsultis.

3^o. Donatio legi *Cinciae* contraria firmabatur per usucapionem rei donatae (Frag. Vatic. 293.) et per mortem donatoris. Ex alia parte in illa lege non comprehendebantur donationes inter consanguineos usque ad quintum gradum, inter affines lineae rectae, inter virum et uxorem et inter sponsum et sponsam (Fragm. Vatic. 299. 302):

III. *Ius imperii*. Systemati legis *Cinciae* Imperatores Chlorus et Constantinus I. substituerunt aliud pariter rigidum. Ut donatio perficeretur requirebant scripturam, rei traditionem coram testibus factam, inscriptionem seu insinuationem coram magistratu in actis publicis (Frag. Vatic. 249, 5. 249, 6).

Sed sub *Iustiniano* iterum donationes redierunt ad ius commune, promissio donationis facta est pactum legitimum, quod nudo consensu perficeretur. (C. h. t. L. 29.; Inst. h. t. § 2.).

Sola retenta est necessitas insinuationis pro donationibus supra 500 solidos (7. 500. fr.).

483. Notio. Donatio est actus spontaneae liberalitatis, quo quis (*donator*) diminuit suum patrimonium in favorem alterius (*donatarii*) in finem illum locupletiolem reddendi.

Dicitur actus et non conventio vel pactum, quia donatio etiam perfici potest actu unilaterali, modo adsit *animus donandi*. Ita solutio debiti alterius et expromissio sunt donationes, tametsi fiant in scio debitore, modo adsit praedictus animus (3); item habetur donatio si quis sciens non vindicat rem et sinit perfici usucapionem favore debitoris vel si voluntarie non opponitur exceptio perpetua, quae certo et efficaciter repelleret emptorem. — Si autem, ut generatim accidit, donatio induit formam conventionis, tunc ad eius perfectionem requiritur consensus expressus vel tacitus donatarii, eo tempore datus, quo adhuc existit voluntas donatoris non revocata nec huius morte aut incapacitate annullata (4).

484. Donationis elementa. I. Praeter elementa propria conventionis, quando haec intervenit, tria sunt donationis constitutiva: 1° spontanea diminutio patrimonii donantis (5); 2° proportionatum augmentum patrimonii donatarii (6); 3° intentio exercendi liberalitatem.

Diminutio proprii patrimonii importat aliquam alienationem seu actum, quo quis se spoliatur aut promittit sese spoliare alicui re ad ipsum pertinente. Qui hoc non important non sunt actus donationis, tametsi positivum commodum patrimo-

(3) D. 24, 1. de donat. int. vir. et uxor. L. 5. § 4. L. 7. § 7. — Nec huic doctrinae opponitur D. 39, 5. de donat. L. 19. § 2. ubi dicitur non posse liberalitatem nolenti acquiri, quia hic locus respicit dumtaxat donationem quae habet pro obiecto translationem proprietatis; idem dicatur de L. 44. D. 24, 1.

(4) D. h. t. L. 2. § 6. L. 10.; D. 44, 7. de obl. et act. L. 55.

(5) « Non videtur ea esse donatio, quae nihil ex bonis meis diminuit ». D. 24, 1. L. 31. § 7. — « Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur ». D. h. t. L. 29. pr.

(6) D. 24, 1. L. 5. § 8. « Definiri solet eam demum donationem impendi solere, quae et donantem pauperiorem, et accipientem faciat locupletiolem ».

niale afferant donatario, ut sunt mandatum, depositum, precarium, commodatum, mutuum gratuitum, renuntiatio acquisitioni alicuius iuris.

Idem actus, quo donantis patrimonium minuitur, augmentum debet producere in patrimonii donatario, ita ut hoc acquirat novum valorem. Quare non habent naturam donationis, illae conventiones, in quibus alienatio resultans compensatur alia re aequivalenti (7).

Denique ex defectu intentionis exercendi liberalitatem non sunt donationes: solutio debiti naturalis, illa tolerantia usucapionis cuius causa sit negligentia, renuntiatio ususfructus peculii adventitii facta ab ascendente occasione emancipationis, solutio indebiti per errorem facta.

Praeterea ad donationis valorem requiritur *capacitas subiecti tum activi tum passivi*. Generatim loquendo haec capacitas habetur (activa) in iis, qui possunt alienare rem, quae est obiectum liberalitatis et (passiva) in iis, qui de ea stipulari possunt (8).

Nihilominus *a)* coniux binubus non potest secundo coniugi plus donare, quam quod receperit is ex filiis priori matrimonio progenitis, qui minus accepit (9).

b) pater naturalis, qui filios habeat legitimos, non potest donare filiis naturalibus et concubinae plus quam duodecimam proprii patrimonii partem; soli vero concubinae non plus quam partem vicesimam quartam. Eadem restricta mensura tenetur filius naturalis erga patrem (10).

c) paterfamilias non potest filiofamilias donationem facere,

(7) Tales habebantur manumissio servi, concessio hypothecae in assecurationem crediti vel areae ad construendum sepulcrum.

(8) Nihilominus personae obnoxiae tutelae aut curae, quae possunt quidem alienare titulo oneroso intercedente consensu tutoris vel curatoris et decreto magistratus, donationes non possunt facere, quia in his non habentur motiva quae a magistratu approbari possint (C. 5, 74. si maior fact. L. 3, § 2.). Similiter rei alienae administratores donare non possunt, etsi habeant generalem facultatem alienandi. (D. h. t. de donat. L. 7. pr.).

(9) C. 5, 9. de sec. nupt. L. 6. § 1. 2. 3.

(10) Nov. 89, cap. 12. § 2. cap. 13.

quae non pertineat ad peculium castrense (11). Donatio tamen convalidatur, si donans moriatur quin donationem revocaverit aut si filium emancipet quin sibi rem donatam reservet (12).

d) inter virum et mulierem durante matrimonio generatim fieri non possunt donationes (13), nequidem per interpositam personam (*Paulus* II. 23. § 3). Praesumuntur interpositae personae, quae uni conjugum unitae sunt vinculo potestatis domesticae, sive donatio ab uno coniuge fiat personae alteri coniugi hoc modo coniunctae v. gr. eius patrifamilias, sive persona uni coniugi hoc modo coniuncta donet alteri coniugi, sive donatio intercedat inter personas uni et alteri coniugi respective coniunctas (14). Permittuntur tamen inter coniuges donationes, quae effectum sint habiturae resolutio matrimonio; quae fiunt ad reaedificationem domus incendio destructae; quae ab uxore marito sint factae in interesse societatis domesticae v. gr. ad obtinendam aliquam dignitatem vel honorem; quae coniugem donantem non reddunt pauperiorem aut donatarium non reddunt ditiozem (v. gr. in repudiatione haereditatis aut legati) et quae adeo tenuis sunt valoris ut potius munuscula quam verae donationes existimandae sint (15).

Extra casus exceptos, donatio est absolute nulla, nec proprietas transit in donatarium, nec is potest usucapere si res ad donantem non pertinebat (16); convalidatur autem etiam cum effectum retroactivo, si donans, quin donationem revoca-

(11) D. 41, 6. pro donat. L. 1. § 1.; C. h. t. (8, 54.) L. 11. 17.; C. 6, 61, de bonis quae lib. L. 6. pr.; Inst. 2, 9. per quas pers. § 1.

(12) D. h. t. (39, 5.) L. 31, § 2.; C. h. t. L. 17. 25.; C. 6, 61. L. 6. § 2.

(13) D. 24, 1. de donat. inter viv. L. 1.

(14) D. eod. L. 3. § 2. sq. L. 32. § 20. 21. L. 38.; C. 5. 16, eod. L. 4. 5. Excipiuntur donationes a filiofamilias factae ex peculio castrensi vel quasi-castrensi, et illae quae tendunt ad augendum idem peculium.

(15) D. h. t. (24, 1) L. 10. 11. 14. 40. 41. 42.; C. eod. L. 26. L. 21.; D. eod. L. 5. § 13-16. L. 25. 18. L. 28. § 1. 2.; *Ulpianus* VII. 1.

(16) D. eod. L. 3. § 10. 11. L. 5. § 3. 4. L. 31. § 3. L. 39.; D. 41, 6. pro donat. L. 1. § 2. Quare donans poterat uti *condictione* si res adhuc existebant, secus debebat recurrere ad *condictionem sine causa*. = Donatarius autem non tenebatur nisi in quantum locupletior factus esset, nec tenebatur restituere fructus iam perceptos. D. eod. L. 5. § 18. L. 15. § 1. L. 17.; D. 22, 1. de usur. L. 45.

verit praemoriatur donatario (17), in qua re non fit distinctio inter donationem, quae consistit in *dando*, et donationem, quae consistit in *promittendo*.

485. II. *Quae res possint donari*. — Generatim potest donari quidquid in commercio est et pretio aestimari atque donatarii fieri possit, tam res corporalis quam incorporalis, iura realia et iura crediti, nec solum res singulae sed etiam universitas rerum atque adeo integrum patrimonium. In hoc ultimo casu donationis habentis pro obiecto integrum donantis patrimonium, donatarius non succedit nisi titulo singulari (18), ideoque non succedit in debita donantis, licet ea teneatur solvere usque ad quantitatem bonorum receptorum, secundum principium *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno* (19).

486. III. *Forma donationis*. Donatio potest consistere in *dare*, *promittere* et *liberare*; seu potest fieri transferendo in donatarium rem aut ius, quae sunt obiectum donationis (*dando*), vel *promittendo* aliquid facere in eius favorem, vel concedendo donatario *liberationem* ab aliqua obligatione aut ab aliquo onere, quo gravatur res ipsius. Ad hoc autem iure novo sufficit observare formam, quae propria sit actus, quo perficitur donatio, et rei quae est ipsius obiectum. Videlicet si donatio perficitur per conventionem dominii translativam in rebus corporalibus et iuribus realibus debet intervenire traditio vel quasi-traditio, in translatione iuris crediti debet intervenire novatio vel cessio actionum. Si perficitur ad modum conventionis obligatoriae, debet intervenire ex iure classico stipulatio, iure vero Iustiniano sufficit etiam simplex pactum (20). Si fit per conventionem liberatoriam, debet intervenire acceptilatio vel pactum de non petendo.

Pro donationibus tamen excedentibus 500 solidos requiritur praeterea insinuatio coram magistratu in actis publicis.

(17) Est Senatusconsultum quod tribuitur Severo. D. eod. L. 32. pr.; C. 5, 16. eod. L. 3.; Frag. Vatic. 294.

(18) Inst. 2, 9. per quas pers. § 6.; C. 8, 54. de donat. L. 15. pr.; *Gaius* II. 97. 98.

(19) D. 50, 16. de V. S. L. 39. § 1.

(20) Inst. 2, 7. de donat. § 2.; C. 8, 54. eod. L. 35. § 5.

487. IV. *Effectus donationis* est translatio rei vel iuris, si consistat in *dando*; si consistat in *liberando*, extinguit obligationem interveniente acceptilatione aut simplici pacto remissorio; si in *promittendo* consistat, inducit obligationem civilem promissionem exequendi. Quodsi promissio dandi fuit facta pluribus personis successive, quae promissionem acceptarunt, proprietas transit in donatarium, cui res est tradita, aliis manet ius obtinendi rei aestimationem (21). — Porro donatario competit actio *ex stipulatu*, si donatio induit formam stipulationis, secus ipsi praesto est *condictio ex lege* (22). Donans autem in executione obligationis non tenetur nisi de dolo et culpa gravi, nec debet fructus aut usuras rei donatae nisi a momento contestationis litis, nec tenetur ad cautionem pro vitiis rei aut pro evictione, nisi ea de re accesserit pactum expressum (23).

Donatio est actus natura sua *irrevocabilis*. Per exceptionem revocari potest: 1° *ob ingratitudinem donatarii*, quae habetur in casibus taxative in iure determinatis, sc.: a) si donatarius contra vitam donantis attentaverit; b) si iniuriam verbalem gravem aut vim corporalem intulerit; c) si grave damnum patrimoniale causaverit; d) si onera donationi imposita non impleverit (C. 8. 56. de revoc. donat. L. 10.).

Actio ad revocandam donationem (*condictio ex lege*), cum characterem habeat personalem tam respectu donantis quam respectu donatarii, non potest exerceri neque ab haeredibus prioris nec contra haeredes posterioris; licet illi actionem iam intentatam possunt proseguire et isti in hoc casu ex illa tenentur, quia ex regula iuris (L. 139. pr. de R. I. 50. 17.), « omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent » (24).

2° *ob susceptos deinde liberos* revocatur donatio facta a

(21) C. 3, 32. de rei vindic. L. 15.

(22) D. 13, 2. de condict. ex lege L. un.; C. 8, 54. de donat. L. 35. § 5.; Nov. 162. cap. 1. § 1.

(23) D. h. t. (39, 5.). L. 18. § 3. L. 22.; D. 22, 1. de usur. L. 3. § 1. L. 38. § 7.; D. 45, 1. de V. O. L. 131.; C. 8, 45. de evict. L. 2.

(24) C. 8, 56. de revoc. donat. L. 1. 7. 10.

patrono, liberis legitimis carente, suo liberto, etiam si filius postea susceptus patri praemoriatur (L. 8. C. eod.).

488. *Donatio remuneratoriâ et sub modo* sequuntur speciales regulas. —

Remuneratoria dicitur donatio, cuius scopus est remunerari servitia pretio non aestimabilia a donatario donanti praestita. Talis donatio revocari non potest ex titulo ingratitude, quia debitum gratitudinis in hoc casu non datur (D. h. t. (39, 5.) L. 34. § 1.).

Sub modo habetur donatio, cum donatario onus non aequivalens imponitur. Haec inducit in donatario obligationem onus implendi, quae, donatione secuta, transit in contractum innominatum. Quare donans potest exigere impletionem modi per actionem *praescriptis verbis* vel resolvere donationem per conditionem *causa data causa non secuta*, si modus ex culpa donatarii non fuit impletus.

II. Donatio mortis causa.

Inst. 2, 7. *de donat.* — *D.* 39, 6. *de mortis causa donat. et capion.*

C. 8, 57. *de mortis causa donationibus.*

489. *Donatio mortis causa* distinguitur a donatione communi (inter vivos), quatenus eius efficacia pendet a morte donantis, qui illam a proprio decessu dependere facit. Quare ante decessum donantis semper est revocabilis et superventia donatarii est veluti conditio requisita ad eius perfectionem: « *non videtur perfecta donatio mortis causa facta antequam mors insequatur* ». *Ulpianus* in D. h. t. L. 32.

Facile explicatur frequens usus huius modi donationis: nam duo soli modi liberalitatem in alium exercendi erant donatio inter vivos et legatum. Iam donatio donantem re actu et irrevocabiliter spoliabat; insuper rem transfert statim in patrimonium donatarii, per cuius mortem (etiam ante donantis mortem secutam) transibat ad haeredes, erga quos donans forte non est ita affectus ut in ipsos velit liberalitatem exercere. Quae incommoda non verificantur in legato: sed sub finem reipublicae et tempore Augusti per plures leges mul-

tum restricta fuit facultas legandi, sive limitando numerum et quantitatem legatorum, ut factum est lege *Furia testamentaria* et lege *Falcidia*, sive plures personas excludendo a iure capiendi ex testamento, ut factum est legibus *Iulia* et *Papia Poppaea*. At donationi mortis causa, quae conventionem inter donantem et donatarium supponit, illae leges applicari non poterant, quia de testamentaria dispositione cavebant: unde ex una parte evitabatur illarum legum rigor; ex alia parte perfectionem donationis dependentem faciebat a superventia donarii (25).

490. Effectus. Donatio mortis causa est subordinata conditioni: quaeri proinde debet effectus dum conditio pendet et cum conditio est verificata vel defecit. Res pendet ex intentione partium; potuit enim intentio fuisse facere donationem dependentem a conditione suspensiva (ab obitu donatoris) (26); vel facere donationem puram et simplicem, sed resolubilem sub conditione (quod praemortuus fuerit donatarius). — In primo casu, donatarius, ut per se patet, nullum habet ius dum conditio pendet; et ita si donatio consistebat in *promittendo*, donantem cogere non potest ad rem tradendam. Donatore praemortuo, tunc enascitur donatario ius, qui promissionis executionem ab haeredibus petere potest; praemortuo vero donatario, donatio evanescit, nec huius haeredes quidquam petere possunt. — In altero casu, donatarius statim potest exigere executionem, v. gr. agendo contra donatorem per *conditionem*, si donatio consistebat in *promittendo*. Praemortuo donante, donatio confirmatur, et res traditae dona-

(25) *Paulus h. t. D. L. 35. § 2.* scite animadvertit quod donans per donationem inter viros (*veram et absolutam donationem*) donatarium *potius quam se habere mavult*; e contra in donatione mortis causa, *se potius habere vult quam eum cui donat*, licet hunc praeferat suis haeredibus, illum deinde *potius quam haeredem suum*.

(26) Praesertim hac ratione fieri solita est donatio mortis causa: donans suum obitum praevidens v. gr. propter morbum, iter vel praedium, suam liberalitatem faciebat dependentem ab illo eventu praeviso: non sic det ut statim faciat accipientis sed tunc demum cum mors fuerit insecuta. *L. 2. D. h. t.*

tario repeti non possunt. Praemortuo vero donatario, huius ius resolvitur et ipsius haeredes tenentur reddere, quae ab auctore recepta sint in executionem liberalitatis (27).

Inde apparet donationem *mortis causa* maximam habere analogiam cum *legatis*; et idcirco tandem fuit comprehensa sub dispositionibus restrictivis legum *Iuliae et Papiae Poppaeae et Falcidiae* (L. 35, pr. h. t. D.), atque nonnulli iuris consulti illam distinctionem inter legatum et donationem mortis causa valde extenuarunt, quorum placitis adhaesit Iustinianus (28). — Nihilominus adhuc distinguitur a legatis, quia supponit conventionem inter donantem et donatarium, quae non intervenit inter testatorem et legatarium; deinde ex se ipsa non est modus acquirendi proprietatem vel deveniendi creditorem, quod legatis competit; praeterea potest habere executionem vivente donatore, salva ipsius resolutione si donatarius praemoriatur, dum legatum numquam habet effectum nisi mortuo testatore.

CAPUT XIII.

DE DOTE AC DE PACTIS DOTALIBUS.

D. 23, 3. de iure dotium — C. 5, 12. eod.

I. Generalia de dote.

491. *Notio et divisio.* Romani in relatione inter coniuges non agnoverunt systema communionis bonorum, quod prae omnibus magis respondet essentiae matrimonii. Dum viguit *manus*, uxor ipsi subiecta nihil habere poterat proprium, ac bona, quae habebat tempore celebrationis matrimonii vel quae

(27) Repetitio fieri poterat per *condictionem* si donatio facta est *promittendo* vel *liberando*; si autem per *ditionem*, adhibenda erat *condictio ob rem dati*. Attamen in pura doctrina romana donatori non competebat *vindicatio*, quia hoc esset admittere proprietatem posse transmitti *ad certum tempus*: tandem vero fuit concessa (L. 23. D. h. t.) et multo magis fuit agnita iure Iustiniano.

(28) Ita donatio mortis causa fuit absoluta a formis in donatione servandis et modo generali subiecta fuit regulis de legatis constitutis. § 1. Inst. h. t.; L. 4. C. h. t.

postea acquireret, in maritum transibant (1). Postquam disparuit *manus*, invaluit principium, quod quilibet coniux suum proprium habeat patrimonium. Uxor tamen vel sibi reservabat administrationem et usum propriorum bonorum, vel marito cedebat ad sustinenda matrimonii onera. Inde origo *dotis*, qua voce designantur bona ab uxore vel ab alio pro ipsa tradita marito ad sustinenda onera matrimonii. Quare dos supponit validum matrimonium, cuius intuitu constituitur (D. h. t. L. 3. § 25.); et eius acceptio respectu mariti consideratur ut actus titulo oneroso.

Dos potest esse *necessaria* aut *voluntaria*, prout persona, quae illam constituit, tenetur ad dotandum aut secus. Ad dotandum autem tenentur, si filia ex propriis non habeat, primum pater, deinde avus paternus, postremo loco mater (2).

Dicitur *profectitia* cum est constituta ab ascendente paterno, licet hic non habeat patriam potestatem; *adventitia* vero si est constituta ab alia persona. Dicitur autem *receptitia*, si is, qui illam constituit, stipulatus fuerit ius illam recuperandi post matrimonii solutionem (3).

Dicitur *aestimata* vel *non aestimata*, prout res in dotem datae fuerint certo valore aestimatae aut secus. Quae aestimatio fieri potuit *venditionis causa* vel *causa taxationis*. In primo casu maritus consideratur ut emptor et idcirco applicantur regulae de emptione venditione: nihilominus laesio resultans ex aestimatione iniusta, quaecumque ea sit, reparari debet, sive eam subeat maritus sive uxor; in casu autem evictionis fit dotale quidquid maritus acquisivit ultra pretium aestimationis (4).

(1) « Cum mulier viri in manum convenit, omnia quae mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine ». Cicero, Top. 4.

(2) D. 23, 2. de ritu nupt. L. 19.; C. 5, 11. de dot. prom. L. 7.; C. 5, 12. de iure dot. L. 14. — Insuper Iustinianus absolute obligavit matrem haeticam ad dotandam filiam orthodoxam (C. 1, 5. de haeret. L. 19. § 1.) eandemque obligationem imposuit matri respectu filiae natae extra matrimonium (C. 6, 57. ad SC. Orph. L. 5. in fin.).

(3) *Ulpianus* VI. 3. 5.; D. h. t. L. 5. pr. et § 6. 9. 11.; C. h. t. L. 6.; D. 24, 3. solut. matr. L. 29.

(4) D. h. t. L. 16. L. 10. § 5. 6. L. 14. 15. L. 69. § 7.; C. h. t. L. 1. 10.; C. 5, 18. solut. matr. L. 6.

II. Constitutio dotis.

492. 1° Dos marito traditur ab uxore aut ab alio pro ipsa: ad hoc autem oportet ut maritus et dotans habeant capacitatem acquirendi et alienandi rem datam in dotem.

2° Potest dari in dotem quaelibet res apta ad augendum patrimonium eius, cuius favore constituitur, etsi fructus seu redditus non producat. In particulari dari possunt res corporales fungibiles vel non fungibiles, mobiles vel immobiles; res singulae et universitas rerum; iura realia; iura crediti; integrum patrimonium.

3° Potest dos constitui atque etiam augeri sive ante sive post conclusionem matrimonii, nec dos comprehenditur in prohibitione donationum inter coniuges (5). Porro constitutio dotis non praesumitur, sed debet expresse declarari intentio illam constituendi: nihilominus redintegrato matrimonio, post peractum divortium, dos primo constituta intelligitur renovata, salva pactione in contrarium. (D. h. t. L. 30. 64.). Dos constitui potest iure novo quolibet actu iuridico apto ad augendum patrimonium: quare potest constitui actu ultimae voluntatis, vel per aliquam conventionem, quae potest esse translativa rei, vel obligatoria (etiam per nudum pactum) vel liberatoria ut dictum est de donatione. (C. 5, 11. de dot. prom. L. 6.).

4° Si dos non est *data* sed *promissa*, marito competit *actio ex stipulatu* vel *condictio ex lege* ad obtinendam rem in dotem promissam.

III. De dote durante matrimonio.

493. Cum dos constituatur ad sustinenda onera matrimonii, haec ingreditur in patrimonium mariti aut eius sub cuius patria potestate est constitutus, qui eius habet usum et fructum: ac facultatem de ea disponendi. Unde si consistit in re corporali maritus acquirit eius proprietatem et habet *rei vindicationem* et *condictionem furtivam*.

(5) D. h. t. L. 7. § 3.; C. 5, 3. de donat. ant. nupt. L. 19. 20.

Quoniam autem destinatio dotis est temporanea et uxor in eius conservatione interesse habet: 1^o maritus in administratione bonorum dotalium debet adhibere eam diligentiam, quam quisque adhibet in rebus propriis et tenetur de culpa propter quam deteriora facta sunt; 2^o etiam cum consensu uxoris non potest immobilia dotalia alienare etiam per oppignoracionem aut concessionem alterius iuris realis aut per renuntiationem iuris ipsis inhaerentis, aut tolerando usucapionem (6). Alienatio autem contra prohibitionem facta est nulla et marito durante matrimonio ius competit rem in praeiudicium uxoris alienatam vindicandi. Quae prohibitio alienationis cessat, cum alienatio est iuridice necessaria (7), et cum nec uxor nec eius haeredes habent ius ad restitutionem dotis post solutum matrimonium (8). Praeterea alienatio nulla potest convalidari ex causa, quae soluto matrimonio surperveniat v. gr. si uxor aut eius haeredes alienationem ratam habeant, aut uxor fiat haeres mariti (9).

Uxor in genere, durante matrimonio, nullum ius habet in dote. Tamen fundus dotalis eam liberat a necessitate certarum cautionum (10). Habet etiam ius contra proprium auctorem in casu evictionis rei in dotem datae (11). Quodsi maritus in inopiam vergat, potest uxor restitutionem dotis petere, etiam constante matrimonio et quin dos suam amittat characterem (12). Extra hos casus dos costante matrimonio restitui non debet: immo si a marito fuerit voluntarie restituta sive refusa, maritus non liberatur sed tenetur erga uxoris haeredes, excepto casu quo dos fuerit adhibita ad solvenda uxoris debita, ad emendum fundum, ad sustentationem uxoris eiusque servo-

(6) D. 23. 5. de fundo dot. L. 1. pr. L. 2. 5. 6. 12. 13. 14. 16.; C. 5. 1. de rei uxor. act. L. un. § 15.; *Paulus* II. 21, 2.; *Gaius* II. 63.

(7) D. 23, 5. de fundo dot. L. 1.; C. 5, 23. eod. L. 2.

(8) D. eod. L. 3. § 1. L. 17.

(9) D. eod. L. 17.; C. 5, 13. de rei uxor. act. L. un. § 15.

(10) D. 2, 8. qui satisd. cog. L. 15. § 5.

(11) D. 21, 2. de evict. L. 22. § 1. L. 23. 71.; D. 23, 3. de iure dot. L. 75.

(12) D. 24, 3. solut. matr. L. 24. pr.; C. 5, 12. de iure dot. L. 29. 30.; Nov. 97, cap. 6. pr.

rum, vel ad subveniendum eius proximis consanguineis in egestate constitutis aut ipsos ex hostibus redimendos (13).

IV. De dote post solutum matrimonium.

494. Resoluto matrimonio et inde deficiente causa dotis, haec debet restitui, nisi per validam conventionem fuerit constitutum, dotem debere remanere penes maritum, haec autem conventio est valida, cum dos ab extraneo fuerit libere constituta (14).

Quare: 1° Obligatio restitutionis incumbit ei, qui dotem recepit vel eius haeredibus, ideoque marito vel eius patrifamilias prout uni vel alteri fuerit tradita (15).

2° Restitutio, soluto matrimonio, statim fieri debet vel intra annum, prout consistat in bonis immobilibus aut in aliis (16). In casu dilationis debitor tenetur ad restitutionem fructuum quoad bona immobilia et quoad alia ad solvendas usuras in proportionem 4% respectu valoris aestimationis ipsorum (17).

3° Dos restitui debet ei, qui vi conventionis praecedentis ius habeat. Si nihil conventum fuerit et matrimonium solutum fuit per mortem uxoris, dos adventitia transit ad uxoris haeredes (18), profectitia ad constituentem si is supravixerit uxori (19); si matrimonium morte mariti vel per divortium solutum fuit, ius ad recuperandam dotem sive adventitiam sive profectitiam competit uxori et transit ad ipsius haeredes cum uxor moritur quin ius illud exercuerit (20).

4° Restitutio dotis, si haec consistat in re corporali, fit

(13) C. 5, 19, si dos const. matr. L. un.; D. 23, 3. de iure dot. L. 73. § 1. L. 85.; D. 24, 3. sol. matr. L. 20.

(14) D. 23, 4 de pact. dot. L. 20. § 1.

(15) D. 24, 3. solut. matr. L. 22. § 12. L. 24, § 1. L. 33. § 3. L. 46. 53.; C. 5, 18. eod. L. 2. 9. 10.

(16) Cfr. de iure antiquiori, per Iustinianum mutato, *Ulpianum* VI, 8.

(17) C. 5, 13. de rei ux. act. L. un. § 7.

(18) C. eod. L. un. § 3. Antiquo iure pertinebat ad maritum salva pactione in contrarium. *Ulpianus* VI. 5.

(19) C. eod. L. un. § 6. 13.

(20) C. eod. L. un. § 4. 5. 13. 14.

solvendo pretium aestimationis cum res data in dotem fuit aestimata *venditionis causa*; dando tantundem in eodem genere, qualitate et quantitate, si consistebat in re fungibili; restituendo rem ipsam in individuo cum fructibus, si haec res fuit data quin aestimaretur *venditionis causa*.

5^o Ius ad obtinendam dotis restitutionem munitur actione personali (*actio dotis* vel *de dote*), quae etiam dicitur *actio ex stipulatu* etsi restitutio non fuerit stipulata. Praeterea uxor potest uti actione *vindicationis* vel actione hypothecaria in res mobiles vel immobiles in dotem datas, sive datae fuerint aestimatae sive non, si adhuc reperiantur in patrimonio mariti tempore solutionis matrimonii.

Actioni ad restitutionem dotis, possunt opponi pro diversis casibus variae exceptiones: *a)* maritus eiusque filii et socer gaudent *beneficio competentiae*, vi cuius non damnantur ad restitutionem, nisi in quantum possunt eam facere, quin maneant privati necessariis ad sustentationem (21); *b)* maritus, qui scripto confessus fuerit se dotem recepisse, si matrimonium spatio decem annorum perduraverit, potest opponere *exceptionem dotis cautae sed non numeratae*, vi cuius ius habet ut absolvatur a petitione dotis, nisi actor aliter probaverit dotem fuisse solutam (22); *c)* praeterea maritus ius habet ut sibi reficiantur expensae factae in rebus dotalibus. Quare expensae *necessariae* diminuunt ipso iure dotem, unde maritus potest illas deducere ex summa cuius est debitor et in ceteris casibus gaudet iure *retentionis*; si autem dos iam fuisset restituta, quin expensae essent refusae, potest illas repetere per *condictionem indebiti* vel *sine causa* (23). — Expensae *utiles* debent refundi, etiam quando non amplius existunt opera in bonis dotalibus facta, et possunt repeti *actione mandati* si facta fuerint cum expresso vel tacito consensu uxoris, secus *actione negotiorum gestorum* (24). — Quoad expensas vo-

(21) D. 24, 3, sol. matr. L. 15. § 2. L. 16. 18. pr. 21. 27. 53.; C. 5, 13. de rei ux. act. L. un. § 7.

(22) C. 5, 15. de dot. cau. non num. L. 3.; Nov. 100. cap. 1. 2.

(23) D. 5, 13. de iure dot. L. 56. § 3.

(24) C. 5, 13. de rei ux. act. L. un. § 5.; *Ulpianus* VI. 16.

luptuarias marito dumtaxat competit *ius tollendi*, salvo iure uxoris eas retinendi soluto pretio (25).

495. Scholion. *De bonis paraphernalibus.* Hoc nomine donantur bona uxoris, quae non fuerunt tradita marito in dotem (26). Respectu horum bonorum uxor conservat proprietatem et iura proprietati inhaerentia; maritus ea habet iura v. gr. administrationis, quae uxori placuerit concedere (27).

V. De donatione propter nuptias.

496. In moribus positum erat, ut maritus, qui dotem ad sustinenda matrimonii onera recepisset, uxori donationem faceret, quae et ipsa matrimonii oneribus inserviret, et eodem soluto, uxori praeberet, unde se suosque aleret. Talis donatio dicebatur etiam *antipherna*, et initio solum ante matrimonium fieri poterat (*donatio ante nuptias*), postea vero permisum, ut etiam durante matrimonio augeri aut simpliciter constitui posset et inde mutato nomine dicta est *donatio propter nuptias* (28).

1º Donatio propter nuptias supponit uxorem habere dotem, quae penes virum, si is supervixerit, manere debeat. In tali casu uxor ius habet exigendi, ut a marito vel eius patrefamilias donatio aequivalens doti fiat (29).

2º Conventiones factae circa dotem pertinent etiam ad propter nuptias donationem, ita ut, unde augetur vel minuitur dos, inde etiam praedicta donatio augeatur vel minuatur « *ut aequis passibus utraque ambulet tam dos quam donatio* » (30).

3º Durante matrimonio res donatae manent penes maritum, uxori vero negari non potest ius eas administrandi cum obligatione tamen impendendi fructus in utilitatem fa-

(25) C. eod. § 5.; *Ulpianus* VI. 17.

(26) D. 23, 3. de iure dot. L. 9. § 3.; C. 5, 14. de pact. conv. L. 8.

(27) Cfr. D. 23, 3. de iure dot. L. 9. § 3.; C. 5, 14. de pact. conv. L. 8. 11.

(28) C. 5, 3. de donat. ant. nupt. L. 19. 20.; Inst. 2, 7. de donat. § 3.

(29) C. 5, 11. de dot. promiss. L. 7.

(30) Cit. L. 20. C. h. t. (5, 14); Nov. 97. cap 1. 2.

miliae si maritus ad inopiam vergat. Res tamen, si in fundis consistunt, alienari non possunt (31).

4° Soluta matrimonio per mortem uxoris, donatio extinguitur et res manent penes maritum (32). Quodsi matrimonium per mortem mariti fuerit solutum, donatio suum sortitur effectum in favorem uxoris, nuda tamen proprietas reservatur filiis ex matrimonio habitis (33).

VI. De pactis dotalibus.

497. *Pacta dotalia* (instrumenta dotalia seu nuptialia) dicuntur eae conventiones, quae de iuribus ex matrimonio oriundis, aut de iis, quae consequi debeant solutionem matrimonii, ineuntur. Quae pacta et ante et post matrimonium vel constitutionem dotis fieri possunt, nec necessario in scripturam redigendi sunt (34).

Efficaciam horum pactorum moderantur sequentes regulae: 1° necesse est, ut non adversentur honestati aut publico iuri. Quare nulla sunt v. gr. illa pacta, quae tendunt ad dissolutionem matrimonii, ad eludendam prohibitionem donationis inter coniuges, ad evitandas vel minuendas poenas propter inobservantiam obligationum, quibus inter se devinciuntur coniuges, ad impediendum exercitium iuris quod unus coniux habet adversus alium ob detrimentum in propriis bonis passum et alia similia.

2° oportet ut pactum non sit contrarium naturae et destinationi dotis: inde nullum est pactum, ex quo cum dote sint restituendi fructus, aut vi cuius dos sit restituenda ante matrimonii solutionem (35).

3° pacta illa non debent reddere peiorem conditionem

(31) C. 5, 12. de iure dot. L. 29.; Nov. 61. cap. 1.

(32) C. 5, 12. de iure dot. L. 31. § 1.; Nov. 22. cap. 1. Hoc iure privatur maritus in casu divortii, cui per propriam culpam locum dedit.

(33) Nov. 98. cap. 1. 2. Ex posteriori Nov. 128. cap. 3. pars proprietatis bonorum reservatur uxori, quae ad novas nuptias non transivit.

(34) D. 23, 4. de pact. dotal. L. 1. L. 12. § 1.; C. 5, 12. de dotis promiss. L. 6.; C. 5, 13. de rei uxor. act. L. un. § 1.

(35) D. 23, 4. de pact. dot. L. 4.; D. 24. 1. de donat. int. vir. L. 21. § 1.

uxoris respectu dotis: inde est nullum pactum, quo excludatur restitutio dotis pro casu quo matrimonium solvatur vivente uxore, vel quo differatur terminus a lege statutus ad restitutionem, vel quo maritus relate ad dotem non teneatur de culpa levi (36).

CAPUT XIV.

DE OBLIGATIONIBUS, QUAE EX DELICTO ORIUNTUR

Praenotiones generales.

498. *Notio obligationis ex delicto.* Cum delictum in genere sit actus illicitus ab uno positus contra ius alterius; ius Romanum iam plene evolutum delicti auctori imposuit *obligationem* erga personam delicto laesam, quae independenter a voluntate partium oritur ideoque est obligatio vere et proprie *legalis*. Huius obligationis obiectum, nonnumquam est summa pecuniae (*poena*) a delinquente personae laesae solvenda, quae rationem non habet reparationis damni recepti; nonnumquam vero obiectum obligationis consistit in pecuniaria vel alterius generis satisfactione, damno recepto commensurata et ad illud reparandum ordinata. In primo casu actio creditori data dicitur *poenalis*, cum pro obiecto habeat *poenam*, *poenam persequitur*: in altero casu datur creditori actio rei persecutoria, *rem persequitur* sc. aliquam summam, qua obtineatur reintegratio proprii patrimonii. — Inter hanc duplicem speciem medium locum tenet actio ex delicto *mixta*, quo nomine donatur, quia simul et rem persequitur et poenam.

Delicta duplicis sunt generis: *publica* et *privata*. *Publica* habebantur, quae in publicum seu in ipsam societatem damnum inferrent. Unicuique civi ius erat illa persequendi et subiiciebantur *publicis iudiciis* (1). *Privata* delicta erant, quae

(36) D. 23, 4. de pact. dot. L. 2. 12. pr. 16. 27. 14. 18. 6. 29.

(1) Ratio processualis non eadem semper fuit, neque de eius evolutione satis certo constat apud iuris interpretes. Videtur olim iudicium fuisse apud regem; dein apud comitia curiata; postea apud comitia centuriata. — Sub Augusto ratio immutata est et tribunalia criminalia per-

privatis personis directo modo damnum inferrent et nonnisi privatis fas esset ea persequi et privatis iudiciis subiicerentur.

499. *Characteres generales obligationis ex delicto*: 1^o causa obligationis semper est *factum*, sc. delictum debitoris, unde omnes obligationes ex delicto *re* efficiuntur (*Gaius* III. 182.; D. 44, 7. de obl. et act. L. 4.). Obligatio autem est non voluntaria, sed *legalis*; supponit tamen in delinquente elementum subiectivum, sc. *doli capacitatem* (2).

2^o Obiectum obligationis semper est *dare pecuniam* sive a lege sive a iudice taxatam.

3^o Certis ex causis obligatio ad solvendam poenam extinguitur, ex quibus non extinguitur obligatio conventionalis. Ita mors creditoris vel debitoris, impedit quominus *poena* postuletur ab haeredibus prioris vel contra haeredes posterioris; qui defectus transmissionis activae et passivae non habetur in aliis obligationibus. E contra *capitis diminutio* non producit in auctore delicti ordinarium effectum extinctionis debiti, quia per illam, extincta personalitate iuridica, non manet extincta persona physica, contra quam vindicta adhuc est possibilis. Demum pactum renuntiationis poenae a creditore admissum plene extinguit obligationem, non solum *ope exceptionis*, sed *ipso iure*. Generatim breviori tempore extinguuntur actiones ex delicto ortae et possunt cumulari contra varios delicti auctores.

petua introducta, quibus iudicia publica criminalia, seu, ut dicta sunt, *quaestiones perpetuae*, fuerunt demandata, quibusdam reservatis senatui aut praefecto urbi aut praefecto vigilum vel praefecto annonae: ex qua reservatione orta est distinctio inter crimina publica et crimina extraordinaria. — Aucta vero potentia quorundam magistratuum imperii romani, omnia iudicia criminalia ad ipsos delata sunt; nihilominus adhuc retenta est distinctio inter quaestiones perpetuas seu crimina publica et crimina extraordinaria, quae tamen solum habebat valorem historicum.

(2) In hac re obligatio ex delicto differt ab obligatione ex conventionem orta, quia *doli capacitas*, in primo casu non exigit adeo plenam mentis evolutionem; ita impubes *pubertati proximus* potest obligari ex delicto (*Gaius* III. 208.). Praeterea aliquae personae, quae non sunt capaces sese obligandi ex conventionem, possunt obligari ex delicto, v. gr. servi.

4º Cum delictum commissum fuit a persona *alieni iuris* (a servo vel filiofamilias), actio *noxaliter* datur contra eos, sub cuius potestate sunt (dominum, patremfamilias).

500. Memorati characteres proprii obligationis ex delicto, quae munitur actione poenali pura, non necessario nec eodem gradu reperiuntur in recentioribus obligationibus ex delicto in quibus actio est rei persecutoria vel mixta. Ita *actio doli*, *actio quod metus causa* sunt exempla novi modi concipiendi obligationem ex delicto. Hae actiones dantur noxaliter, durant per annum (salva facultate post annum substituendi actionem *in factum*), non transeunt passive in haeredes nisi in quantum ditiores facti sint: in his conveniunt quidem cum actione poenali; nihilominus stricte poenalis dici non potest *actio doli*, quia tendit ad reparationem damni nec per eam obtinetur nisi damnatio ad simplex; actio vero *quod metus causa* cum tendat ad damnationem ad quadruplum damni recepti habet admixtum elementum poenale et est actio mixta.

501. *Actiones noxales.* Servus et filiusfamilias valide, ut dictum est, obligantur ex delicto. Cum autem ab ipsis ob defectum proprii patrimonii solutio poenae obtineri non possit, permittebatur agi contra dominum vel patremfamilias ad hoc ut traderet auctorem delicti, *noxam dare* (3); quae *noxae deditio* fiebat per mancipationem. Filius veniebat in potestatem, servus in mancipium eius, qui delicto laesus fuerat: poterat tamen paterfamilias et dominus liberari ab obligatione tradendi auctorem delicti solvendo *poenam*. Tum lex XII Tabularum, tum deinde dispositiones contentae in edicto praetoris applicarunt diversis delictis deditionem noxae permittendo personae laesae actionem sub forma noxali (*Gaius* IV. 75. 76.).

Hinc apparet actionem *ex delicto*, cum datur *noxaliter*, tendere ad deditionem rei, salva in domino vel paterfamilias facultate sese liberandi a rei traditione per solutionem poe-

(3) *Noxa* vel *noxia* hic significat damnum delicto illatum et per extensionem ipsum delictum (D. 9, 1. si quadr. L. 1. pr.; D. 50, 16. de V. S. L. 238. § 3.); designat quoque personam vel animal, a quo commissum delictum vel damnum illatum, et inde locutio *noxae deditio*.

nae ex delicto debitae. Et hoc ipsum exprimebatur in formula: *aut noxiam sarcire aut in noxam dedere* (*Ulpianus* in D. 9; 1. si quadr. L. 1. § 11.); et iuxta *Gaium* (IV. 75.) obligatio domini est *aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere*. Quare actio tendens ad *vindictam* dirigitur contra personam *alieni iuris*, et si dominus aut paterfamilias debet respondere non est quia *civiliter teneatur* de damnis illatis a persona sub sua potestate constituta, sed quia detinet *corpus* delinquentis, quem vindictae laesi tradere debet (4).

502. Haec est genuina notio *actionis noxalis*, ex qua explicantur, quae alias explicationem non haberent. Nam: 1° datur contra eum, qui momento intentatae actionis sub potestate detinet personam *alieni iuris*, non contra illum, qui eam sub potestate habebat tempore admissi delicti, quo constat eum, qui sub potestate habet reum delicti, non debere respondere de delicto. Ergo antecedenter nescitur contra quem actio erit intentanda; sed actio directe fertur in delinquentem eumque sequitur penes successivos ipsius possessores, *noxalis actio caput sequitur*; 2° si persona *sui iuris* post admissum delictum fiat servus vel filiusfamilias, in eius dominum vel patremfamilias intentatur actio noxalis, non tamen quia teneatur delicto quippe antea commissio; 3° si servus manumittatur vel filiusfamilias emancipetur, non amplius datur actio noxalis contra dominum vel patremfamilias propter delictum antea commissum; 4° si persona *alieni iuris* moriatur ante intentatam actionem, in dominum vel patremfamilias amplius intentari actio non potest, cum *noxae deditio*, quae est principale ipsius obiectum, facta sit impossibilis. (D. 9, 4. de nox. act. L. 39. § 4.; *Gaius* IV. 77.).

Cum autem applicatio actionis noxalis in filiisfamilias asperitatem habere videretur, eam Iustinianus sustulit (Inst. 4, 8. de nox. act. § 7.). — Cum autem noxae deditio etiam appli-

(4) Explicatio, quam tradit *Gaius* (IV. 75.), quod esset iniquum co-gere dominum ad solvendam indemnitate forte superiorem traditione corporis, videtur considerare traditionem corporis tamquam medium sese liberandi ab actione non tamquam directum obiectum ipsius: quare tempore *Gaii* primitiva notio actionis noxalis iam fuerat immutata.

cata esset in damnis ab animantibus illatis, cum tale damnum in animante delicti rationem habere non posset, sed esset *damnum sine iniuria datum*, dictum est *pauperies*; atque lex XII Tabularum dederat *actionem de pauperie* contra propriarium ad obtinendam *noxae deditionem*, salva tamen proprietario facultate solvendi aestimationem damni illati (D. 9, 1. si quadrup. L. 1. pr. et § 3.; *Paulus* Sent. I, 15. § 1.), per quam laesus propriarium solum ut detentorem animalis persequeretur, ideoque ob mortem animalis propriarius liber evadebat (D. l. c. § 13.), quae actio etiam iure Iustiniano retenta fuit.

503. Divisio obligationum ex delicto. Illas obligationes *Gaius*, et post ipsum *Iustinianus*, divisit in eas, quae proveniunt *ex delicto* et eas quae oriuntur *ex quasi-delicto*. (D. 41. 7. de O. et A. L. 5. § 4-6; *Gaius* IV. 5.). Delicta vero quatuor dumtaxat enumerant: *furtum, rapinam, damnum iniuria datum, iniuriam*. — Quasi-delicta erant actiones illicitae, quae analogiam cum delictis habebant, et dabant locum refectioni damni vel solutioni poenae aut utrique (5). In Institutionibus enumerantur quatuor: *effusum et deiectum, positum et suspensum, damnum in navi vel caupona datum, iudex qui litem suam fecit*, de quibus non vacat agere.

I. De furto.

D. 47. 2. de furt. — C. 6, 2. eod.

504. A legislatore Romano *furtum dicitur contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisvae*. Per verbum *contrectatio* significatur non committi furtum ex solo fraudandi animo, sed requiri contrectationem rei, i. e. eius amotionem de loco in locum, ideoque in solis rebus mobilibus locum habet (6). — Intentio frau-

(5) Quasi-delicti solum vaga notio generica dari potest, quia ius non suppeditat criterium certum, quo distinguatur a delicto. Generatim dici potest quod in quasi-delicto deest elementum damni illati, aut saltem damnum non est illatum a persona quae ex quasi-delicto tenetur.

(6) D. h. t. L. 52. § 19. L. 67. pr. L. 25. pr.

dolosa consistit in intentione faciendi lucrum ex re quae cognoscitur aliena; unde in intentione vindictae potius haberetur *damnum datum* quam furtum (7). — Extenditur tamen furtum etiam ad rem, quam quis possidet vel detinet, si accedit intentio fraudolosa eam sibi appropriandi; habetur enim *furtum rei*, *furtum usus* et *furtum possessionis* (8).

505. *Effectus furti*. Fur duplici obligatione tenetur: 1° debet rem ablatam cum accessoriis restituere, vel si res non amplius existit, debet praestare maximum pretium, quod res habuit post furtum, etiamsi perierit casu fortuito (9). Quodsi plures sint furti auctores, omnes tenentur *in solidum* et solutio ab uno facta alios liberat (10). Quae obligatio furis transit ad haeredes et urgetur (11) per *condictionem furtivam* (12) quae exerceri potest a proprietario rei et ab huius haeredibus.

2° tenetur ad *poenam furti* (*actio furti*), quae si furtum non est manifestum, consistit in duplo damni illati (*id quod interest*), si furtum est manifestum (13) in quadruplo, quae poena

(7) D. h. t. L. 46. § 7.; D. 9, 2. ad leg. Aquil. L. 41. § 1. .

(8) Ita furtum *usus* committit depositarius, qui re utitur sine consensu proprietarii; furtum *possessionis* si debitor subtrahit rem oppignoratam. D. h. t. L. 21. § 6.; D. 16, 3. depos. L. 29, pr.; D. 13, 1. de condict. furt. L. 18.; Inst. 4, 1. de oblig. quae ex, § 6. 7. 10. 14, *Gaius* III. 201. 204.

(9) D. 13, 1. de condict. furt. L. 8. § 1. L. 13. 14. § 1-3. L. 15. 20.

(10) C. 4, 8. de cond. furt. L. 1.

(11) D. h. t. (13, 1.) L. 7. § 2. L. 9.; Inst. 4, 1. de oblig. quae ex del. § 19.

(12) Dicitur etiam *condictio ex causa furtiva*, quae supponit quidem delictum, sed magis quam in hoc fundatur in principio quod nemo debet ditescere ex re aliena. Quare est species *condictionis sine causa*, in qua fur tenetur tamquam debitor restitutionis rei iniuste retentae, et tamquam debitor *in mora* a die patrati furti. Cum autem haec condictio detur rei proprietario, in odium furis fit exceptio principio quod *nemo rem suam condicere potest*. Cfr. Inst. 4, 6. de act. § 14. D. 13, 1. L. 1. 10. § 2. 3. L. 11. 12. pr. Praeter conditionem furtivam in odium furis statutam (*Gaius* IV. 4.), dantur aliae actiones *reipersecutoriae* iuris communis, v. gr. *rei vindicatio* et *actio ad exhibendum*, quae ultima praeter proprietarium prodest etiam aliis quorum intersit rem exhiberi et cumulari possunt cum actione poenali furti. (D. 13, 1. L. 7. § 1.).

(13) *Manifestum* furtum habetur si fur apprehenditur in actu delicti,

quadrupli iure praetorio fuit subrogata gravissimis poenis corporalibus iure decemvirali statutis contra furtum manifestum (*Gaius* III. 189. 190.). Quae poena debetur ei, cuius interest rem salvam esse etsi dominus non sit (v. gr. creditori propter pignus subreptum, possessori bonae fidei, conductori fundi respectu fructuum nondum perceptorum, usufructuario et usuario, depositario et mandatario) (14). Quodsi plures sint rei, poena debetur a singulis integra quin solutio ab uno facta alios liberet (15). At haeredes non possunt conveniri *actione furti* (16).

i. e. si furare deprehenditur in loco delicti vel prius quam rem eo per-tulerit, quo destinaverat (*Gaius* III. 184.). Aliae quoque furti species iure antiquo distinguebantur ob diversa adiuncta, propter quae diversae actiones concedebantur: a) *furtum conceptum*, cum res furtiva apud aliquem quaesita et inventa esset praesentibus testibus; dabatur *actio furti concepti*, qua domus proprietarius ad triplum damnabatur, etsi furtum ab eo non fuisset patratum. Huius furti forma sollemnis erat quae dicebatur *per lancem liciumque*, quae describitur a *Gaio* III. 193-194. — b) *furtum oblatum*, cum fur rem furtivam alteri obtulisset vel in eius domo posuisset ea mente ut apud ipsum potius quam apud se furtum conceptum haberetur. Quo casu is, apud quem res furtiva inventa esset, habebat contra furem *actionem furti oblatai*, quae pariter inducebat poenam tripli. — c) *furtum prohibitum*, si proprietarius domus obsisteret, quominus res furtiva apud ipsum perquireretur, inde nascebatur actio praetoria (*actio furti prohibiti*), quae inducebat poenam quadrupli. — d) *furtum non exhibitum*, cum quis non quidem prohibuit rem furtivam apud se quaeri, sed inventam non exhibuit, unde per *actionem furti non exhibiti* poterat damnari ad quadruplum. Cfr. *Gaium* III. 186-188. 191-194.

(14) *Gaius* III. 203.; Inst. 4, 1. de oblig. quae ex del. § 13-16.; D. 47, 2. de furt. L. 70. 71. § 1. L. 85. L. 12. § 2. L. 14. § 2. 5. L. 8. pr. § 1. 2. L. 12. pr. L. 14. § 15. 16.

(15) Inst. eod. § 11.; D. eod. L. 50. § 1. 4. L. 52. § 19.; C. 4, 18. de cond. furt. L. 1.

(16) *Actio furti* non poterat intentari a patrefamilias contra personam patriae potestati subiectam et speciatim contra filiumfamilias, nisi haberet peculium castrense. Pariter illa actio negatur coniugi contra quem alter coniux commisisset contrectationem, quae furti rationem haberet; poterat tamen restitutionem rei per vindicationem petere, vel etiam per *condictionem*, quae in hoc casu non dicebatur *furtiva*, sed *actio rerum amotarum*. Cfr. D. tit. de action. rer. amot. (25, 2.); C. eod. (5, 21.).

II. De rapina.

*Inst. 4, 2. de vi bonor. raptor.**D. 47, 8. eod. — C. 9, 33. eod.*

506. *Rapina* est furtum vi consummatum. Per praetorem M. Lucullum ad quemdam specialem delicti gradum evecta est per concessionem actionis *vi bonorum raptorum* (17). Quae actio imprimis rei persecutionem habet; insuper in triplum datur condemnatio poenalis; in totum ergo actio persequitur quadruplum, quod quadruplum aliqui volunt computari iuxta valorem rei, alii iuxta id quod interest (18). Et quidem olim solum concedebatur si res ablata fuisset et etiam si quodcumque damnum vi illatum esset per familiam armatam; deinde vero admissa etiam est cum unus tantummodo etiam sine armis rem sustulisset. (L. 2. § 6. 7. D. h. t.).

Haec actio differt ab actione furti, quia datur pro poena in triplum, et quia interdum datur contra participem, qui simplici actione furti non teneretur (D. h. t. L. 2. pr. et § 2.). — Conceditur de re mobili quacumque (19), tum ei qui personaliter vim passus est, tum domino servi fugitivi, tum successori titulo particulari (D. h. t. L. 2. § 27.).

Actio *vi bonorum raptorum* concurrebat cum actionibus ex furto. Quare in anno melior erat actio furti manifesti, utpote in quadruplum; quamvis non melior actio furti non manifesti, utpote in duplum. At transacto anno melior erat actio furti non manifesti, quia actio vi bonorum raptorum reducebatur ad simplum (*Gaius* III, 209.; *Inst. pr. h. t.*). — Qui tamen una ex his actionibus egisset, quod pluris esset in altera consequi semper poterat (*Gaius* III. 209.). Nihil vero impediabat quominus agi prius posset ad vindicationem aut rei conditionem (20).

(17) *Gaius* III. 209.; pr. *Inst. h. t.*; L. 2. § 10. D. h. t.(18) *Gaius* I. c.(19) *Gaius* III. 209.; L. 1. C. h. t.(20) D. h. t. L. 2. § 28. Usucapio pariter rei vi captae non currebat. *Gaius* III. 45.

III. *Damnum iniuria datum.*

Inst. 4, 3. de lege Aquilia — D. 9, 2. ad leg. Aquiliam — C. 3, 35. de leg. Aquil.

507. *Damnum iniuria datum* intelligitur diminutio facta in patrimonio alterius per factum positivum iniustum. Tria proinde requiruntur, ut habeatur hoc privatum delictum: 1^o ut damnum illatum inducat patrimonii diminutionem, ideoque non verificatur in illis laesionibus, quae talem diminutionem in patrimonio non afferunt (D. h. t. L. 27. § 38.). Quare laesiones in corpore hominis liberi dant ius ad compensationem pro expensis factis in curatione et pro lucro non percepto, sed non pro cicatrice vel deformitate (21); 2^o damnum debuit esse *iniustum*; quare non tenetur qui nocet actu, ad quem ius habet (22); item quando factum non est subiective imputabile vel damnum provenit ex casu fortuito aut ex vi maiori cui resisti non potuit (23). Ex alia parte ad imputationem sufficit *culpa* etiam levissima, immo pro culpa habetur imperitia in exercitio artis vel officii (24); 3^o requiritur factum *positivum*, ex quo resultaverit damnum, cum nemo teneatur in favorem alterius suam activitatem exercere, nisi speciali obligatione ad hoc sit constrictus, quo casu tenetur de damnis ex omissione secutis, quae ab ipso peti possunt ipsa actione ex speciali obligatione orta.

508. *De lege Aquilia.* — Plebiscitum tertio a. Chr. saeculo publicatum (*Lex Aquilia*) regulas statuit de damni illati refectione, derogando legi XII Tabularum et aliis hac de re latis. Lex Aquilia requirebat damnum directe datum rebus alienis per actum materiale (*damnum corpore corpori da-*

(21) D. h. t. L. 5. § 3. L. 7. pr. L. 13. pr.; D. 9, 1. si quadrupes L. 3.; D. 9, 3. de his qui effud. L. 7.

(22) D. h. t. L. 5.

(23) Inst. h. t. § 3. 5. 14.; D. h. t. L. 5. § 2. L. 29. § 3. L. 30. § 3. L. 52. § 4. L. 57.

(24) D. h. t. L. 7. § 2. 8. L. 27. § 33. L. 30. § 3.

tum) (25), ideoque impunitum relinquebat damnum corpori sine materiali actione illatum (*damnum corpori sed nec corpore datum*) (26) et damnum factum sine laesione corporis vel sine actione materiali (*damnum nec corpore nec corpori datum*) (27). Deinde vero opera Praetorum et iurisprudentum actio legis Aquiliae extensa fuit ad *damnum corpori sed non corpore datum* et concessa fuit *actio in factum* pro damno dato *nec corpore nec corpori*. Quare pro damno iniuste recepto suppetunt pro diversitate casus: *actio legis Aquiliae directa*, *actio legis Aquiliae utilis*, *actio in factum*.

Actio legis Aquiliae directa. 1^o haec actio habet pro obiecto maiorem valorem quam res habuit anno praecedente si ageretur de occisione servi aut pecudis (*quantum in eo anno plurimum fuit, tantum a domino damnum esset*), vel maiorem valorem quam habuisset triginta diebus factum praecedentibus, si agebatur de alio damno praeter occisionem servi aut pecudis (*si quis alteri damnum fecerit, quod usserit, fregerit, ruperit iniuria, quantum ea res erit in diebus triginta proximis, tantum a domino dare damnum esset*) (28). Praeterea haec actio tendit etiam ad refectionem damni indirecti (29) et auctor delicti ad duplum damnatur, si delictum negaverit (30).

2^o si delictum a pluribus personis fuit patratum omnes de damno et id quod interest tenentur in solidum, poena vero singulis debetur nec solutio ab uno facto alios liberat (31). Contra haeredem vero auctoris delicti actio non valet nisi in quantum locupletior factus sit (32).

(25) V. gr. occidendo vel laedendo animal manu aut armis, aut sinendo ut supra ipsum cadat aliquid quo feriat aut occidatur etc.

(26) V. gr. clausum tenendo alterius servum donec fame enectus moriatur, vel animanti incutiendo timorem unde ipse fugiens praecipit ruat.

(27) V. gr. si quis misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

(28) Gaius II, 210. III. 218.; Inst. pr. h. t.; D. h. t. L. 2. pr. L. 21. pr. et § 1. L. 27. § 5.

(29) Inst. h. t. § 10.; D. h. t. L. 21. § 2. L. 23. pr. et § 2.

(30) D. h. t. L. 2. § 1. L. 23. § 10.; C. eod. L. 4.

(31) D. h. t. L. 11. § 2. 4. L. 51. § 1.

(32) Inst. h. t. § 9.; D. h. t. L. 23. § 10.

3^o actio prodest non solum rei domino, sed etiam bonae fidei possessori atque iis omnibus quorum rei conservatio intererat propter ius reale in ipsam, velut usufructuario aut creditori pignoratitio (33). E contra negatur actio iis, qui in rem solum habent ius obligationis, v. gr. emptori.

Actio utilis legis Aquiliae et actio in factum reguntur iisdem legibus.

509. Scholion. Actiones legis Aquiliae possunt concurrere cum aliis actionibus, sive hae nascentur ex alio delicto sive oriantur ex alio iure obligationis. Unde si locatarius rem locatam destruxit, locator pro libitu potest uti *actione locati* et *actione legis Aquiliae*: exercitium autem unius actionis non praecludit viam alteri actioni in ordine ad obtinendum pinguiorem damni refectionem.

IV. Iniuria.

Inst. 4, 4. de iniuriis — D. 47, 10. eod. — C. 9, 35. eod.

510. *Iniuria* in sensu lato significat omnem actum illicitum *omne quod non iure fit* (D. h. t. L. 1. pr.): considerata ut delictum privatum speciatim significat, quod contumeliose in aliquem agitur aut dicitur, quo ipsius existimatio laeditur. « *Specialiter autem iniuria dicitur contumelia, a contemnendo* » (D. ibid.). Hic tamen non solam contumeliam contra bonam existimationem comprehendit sed quidquid fit contra personalitatem alterius, sicque iniuriam facit, qui contra naturalem hominis conditionem ingenique facultates aliquid facit, qui hominis libertatem aut simpliciter impedit aut potestatem iuribus suis utendi, qui alia ratione prohibet, quominus id aliquis faciat, quod aut naturali omnium iure aut lege civitatis vel facere omnibus licet vel saltem his, qui certae sunt civitati certoque ordine adscripti.

Duo *elementa* concurrunt in iniuria: actus contra personalitatem alterius et animus iniuriandi.

511. Divisio. Ratione *formae* autem iniuria alia est *verbalis* si fiat verbis (*convicium*) aut scripto (quo casu etiam dicitur

(33) D. h. t. L. 11. § 8. 9. 10. L. 12. L. 17. pr. L. 30. § 1.

carmen vel *libellus famosus*), alia est *realis*, quae fit *re* seu factis (34). Praeterea alia est *immediata* si directe fit contra personam, quae illam patitur; alia dicitur *mediata*, quia est facta contra aliam personam, cum qua sumus coniuncti talibus vinculis, ut iniuria in ipsam facta in nos redundet, talis est quae fit patri, marito, uxori vel haeredi. — Tandem iniuria est *atrox* vel *simplex* prout sit vel non sit coniuncta cum circumstantiis facti, loci, personae aut temporis, quae eius gravitatem notabiliter augeant (35).

512. *Effectus iniuriae.* Lex XII. Tabularum generaliter contra iniuriam statuerat pecuniariam poenam uniformem et modicam, 25 asses = (2½ fr.) (36). Sed ius Praetorium substituit pro omnibus iniuriis poenam pecuniariam privatam ab ipso, qui recepit iniuriam, aestimandam. Ex alia parte lex Cornelia inflixit poenam criminalem contra iniurias reales graviore illatas per percussionem, verberationem aut violationem domicilii (Inst. h. t. § 8.), relicta tamen iniuria affecto facultate petendi indemnitatem seu reparationem pecuniariam (D. h. t. L. 37. § 1.). Quod principium progressu temporis applicatum est aliis iniuriis.

Quare: 1° persona per iniuriam laesa habet optionem ad obtinendam poenam publicam vel poenam pecuniariam privatam (i. e. potest vel *criminaliter* agere vel *civiliter*) (37); ipsi autem est permissa aestimatio indemnitis pecuniariae, quam tamen iudex potest moderari perspecta natura iniuriae et circumstantiis personae laesae et laedentis (38); 2° actio

(34) *Paulus* V. 4, 21.; *Gaius* III. 220.

(35) *Paulus* V. 4, 10.; *Gaius* III. 225.

(36) Pro casibus particularibus gravior poena erat constituta, sc. propter membrum ruptum talio erat, salva partibus facultate substituendi pecuniam; propter os fractum aut collisum 300 assium poena erat, si libero, 180 si servo; libelli famosi fustigatione puniebantur. *Gaius* III. 223. 224.; Inst. h. t. § 7.

(37) D. h. t. L. 37. § 1.; Inst. h. t. § 10.; D. 48. 2. de accus. L. 12. § 10.; *Paulus* V. 4, 15.

(38) Inst. h. t. § 7. — In iniuriis atrocibus et in iis, quas datur persequi actione civili orta ex lege Cornelia, aestimatio fit directe ab ipso iudice. *Gaius* III. 224.; D. h. t. L. 37. § 1.

competit omnibus personis per iniuriam laesis: unde cum iniuria est immediata pro una persona et mediata pro aliis, tot debentur poenae quot sunt personae iniuria affectae (39); actio autem valet, tum contra auctorem iniuriae, tum contra eos qui dolose cooperati sunt seu causa fuerunt cur iniuria inferretur (40). Cum autem haec actio ex iis sit, *quae vindictam spirare videntur*, nec cedi potest, nec transmittuntur ad haeredes sive laesi sive laedentis (41); 3^o actio ex delicto iniuriae extinguatur morte personae laedentis vel laesae, renuntiatione expressa vel tacita eius cui competit (42) et praescriptione, 30. annorum si agatur de iniuriis quas persequitur actio civilis ex lege Cornelia, unius anni relata ad alias iniurias quas persequitur actio iniuriarum praetoria (43).

CAPUT XV.

DE OBLIGATIONIBUS ORTIS EX QUASI-CONTRACTU

Inst. 3, 27. de obligat. quasi ex contract.

513. *Quasi-contractus* (*obligatio, quae quasi ex contractu nascitur*) est actus iuridicus similitudinem habens cum contractu, a quo tamen distinguitur propter defectum consensus expressi vel taciti. Consistit autem in facto licito cum aliquo contractu analogiam habente, quo quis sive propter utilitatem sive propter aequitatem independentem a propria volun-

(39) D. h. t. L. 1. § 3. 9. L. 2. 15. § 24.; Inst. h. t. § 2. Iniuriae tamen auctor potest se subducere poenae, si probet veritatem facti probosi alteri imputati. D. eod. L. 18.

(40) D. eod. L. 11. pr. § 3. 6. L. 15. § 2. 8.; Inst. eod. § 11. Actio tamen propter iniuriam lege Cornelia punitam (*actio civilis iniuriarum ex lege Cornelia*) solum competit personae directe iniuria affectae; quae indirecte laesae sunt possunt esperiri *actionem iniuriarum* originis praetoriae. D. eod. L. 5. pr. § 6.

(41) D. eod. L. 7. § 1. L. 28. L. 13. pr.; D. 37, 6. de collat. L. 2. § 4.; D. 47, 1. de priv. delict. L. 1. pr. § 1.; Inst. 4, 12. de perpet. et temp. action. § 1.; *Gaius* IV. 112.

(42) D. h. t. L. 17. § 6. L. 11. § 1.; Inst. eod. § 12.

(43) Inst. pr. de perpet. et temp. act. 4, 12.; C. 9, 35. de iniur. L. 5.

tate manet obligatus. Satis communiter explicatur quasi obligatio orta sit per consensum praesumptum; ideoque quilibet quasi-contractus efficitur ad normam alicuius contractus, qui est illius veluti exemplar, et cuius theoriam quoad substantiam sequitur, salvis regulis specialibus.

In Institutionibus recensentur inter quasi-contractus: 1° *negotiorum gestio*. 2° *solutio indebiti*. 3° *communio incidens*. 4° *tutela vel curae gestio*. 5° *haereditatis aditio*. Hic breviter agendum de tribus prioribus.

I. Negotiorum gestio.

D. 3, 5. de negotiis gestis. — C. 2, 19. eod.

514. *Notio*. Negotiorum gestio est *quasi-contractus, quo quis negotia alterius ignorantis extra iudicium utiliter gerenda sponte et gratis suscipit*.

Conditiones. 1° in gestore negotiorum requiritur capacitas sese obligandi, quae tamen non requiritur in domino, cum gestio negotiorum sit independens ab eius consensu (D. h. t. L. 3. § 4. 5.).

2° requiritur ut gestor negotia *alterius* gerat, nec datur gestio negotiorum si quis propria negotia administrat putans esse alterius (D. eod. L. 6. § 4.).

3° oportet ut non interveniat mandatum nec tutela aut curatela (D. 17, 1. mandat. L. 6. § 1.). Immo si dominus gestionem ratam habeat, rati habitio mandato aequiparatur (mandatum *ex post facto*), quod producit effectus mandati antecedentis (1).

Effectus negotiorum gestorum inter partes. Ex hoc quasi-contractu nascitur mutua et reciproca obligatio similis obligationi ortae ex mandato, ubi gestor negotiorum habetur ut mandatarius, dominus ut mandans; atque domino competit *actio negotiorum gestorum directa*, gestori praesto est *actio negotiorum gestorum contraria* (2). Sed dominus non tenetur erga gestorem, nisi praeter generales condiciones negotiorum ge-

(1) D. 50, 17. de R. I. L. 60.; D. 15, 4. quod iussu L. 1. § 6.

(2) D. h. t. L. 21. § 2. L. 2.

stionis tria concurrant: 1° gestor debet habere intentionem obligandi dominum, nec contra ipsum habet actionem si habuit animum exercendi liberalitatem aut si per errorem putavit propria negotia gerere (3). Sed actionem non tollit error circa determinatam personam domini, qui non excludit intentionem obligandi eum, cuius negotia reapse geruntur (D. h. t. L. 5. § 1.); 2° dominus non debuit sese opponere gestioni, quia generatim invitus non potest obligari (D. 17, 1. mandati L. 40.); 3° gestio utilis domino esse debuit, esset enim iniustum dominum obligare ob gestionem non utilem sed v. gr. mere voluptuariam (D. h. t. L. 2.).

Effectus gestionis negotiorum relate ad tertias personas. Dominus tenetur erga eos quibuscum gestor contrahit, quoties erga gestorem tenetur; in eum ipsi habent actionem *de in rem verso*, quae est actio *adiectitiae qualitatis* (4).

Vicissim domino contra tertias personas competunt actiones utiles, quae dantur mandanti, cum per ratihabitionem gestionis illam possit convertere in mandatum.

II. Solutio indebiti.

D. 12, 6. de condict. indebiti — C. 4, 5. eod.

515. Solutio indebiti est quasi-contractus, vi cuius is, qui accepit rem ipsi non debitam et per errorem solutam, obligationem contrahit ipsam restituendi. Quae obligatio fundatur in principio aequitatis naturalis: *nemo locupletari debet cum alterius iactura* (5).

(3) C. h. t. L. 15.; Arg. D. 44, 4. de doli except. L. 14.

(4) C. 4, 26. quod cum eo, qui in al. pot. L. 7. § 1.

(5) Omnis rei translatio et omnis obligatio debet habere *causam*, sc. aut aliquid aequivalens iam *obtentum* ab eo qui translationem facit vel se obligat (*ob causam praeteritam*), aut intuitu alicuius aequivalentis *obtinendi* (*ob rem*). D. 12, 6. de condict. indeb. L. 52. Sed si causa praeterita non extitit aut futura verificari non potest, aequitas postulat, ut persona, quae rem obtinuit aut cui alia se obligavit, beneficio inde percepto privetur ne iniuste cum alterius damno locupletior fiat. D. eod. L. 14. In hunc finem datur contra ipsam actio personalis, *condictio*. Ergo factum quod quis sine causa locupletior fiat, originem dat obligationi,

516. Obligatio restitutionis indebiti resultat in pluribus causis, et restitutio petitur per actionem, quae dicitur *condictio sine causa* in sensu lato huius denominationis. Sed hic praecipue considerandi sunt duo casus.

I. Ius repetendi solutionem indebitam factam per errorem. Hic *condictio sine causa* speciatim dicitur *condictio indebiti*. Quae actio triplicem requirit conditionem: a) ut facta fuerit solutio; b) absentia obligationis civilis vel naturalis (D. h. t. L. 16. pr.); c) error solventis, quo is se putavit debitorem: si enim sciebat se non debere, solutio est interpretanda ut actus mere liberalitatis (D. h. t. L. 1. § 1.; D. 50, 17. de R. I. L. 53).

Ex generalibus de probatione principiis, qui petit per *conditionem indebiti* triplex illud suae petitionis fundamentum debet evincere (6), qua in re praecipua difficultas est in probando errore et absentia debiti. Quodsi reus neget solutionem factam, actori hoc unum probandi onus incumbit, et ad reum pertinebit probare quod fuerit creditor vel saltem quod actor cum plena rei notitia solutionem fecit: is enim qui affirmat se rem aliquam non recepisse, implicite se obligat ad eam reddendam, si rei acceptio fuerit probata (7).

II. Potest repeti etiam solutio scienter seu sine errore facta, cum solutio facta est intuitu eventus qui non est verificatus (D. h. t. L. 52.), vel ob causam illicitam seu contra bonos mores (8), vel ob causam quae a iure annullatur (9) aut quae iam cessavit (10). In primo casu applicatur *condictio causa data*

quae non nascitur ex conventionem, qui enim praestationem fecit non habuit intentionem revocandi, et qui accepit non habuit intentionem restituendi. Nihilominus haec obligatio analogiam habet cum contractu *re*, in quo res traditur *accipienti*, cum obligatione eam restituendi *tradenti*. Inde haec obligatio relata inter obligationes ex *quasi-contractu*. De vera notione et historica evolutione huius obligationis cfr. Girard, Manuel element. pag. 605. sq.

(6) D. 22, 3. de probat. L. 25. pr̄.

(7) D. eod. L. 25. pr.

(8) D. 12, 5. de condict. ob turp. v. iniur. caus. L. 6. L. 1. § 2.

(9) C. 3, 43. de aleat. et.

(10) D. 12, 5. de condict. sine causa L. 1. § 2.; C. 4, 9. de condict. ex lege L. 2.

causa non secuta, quae peculiare habet momentum in contrahentibus innominatis (11). Alter casus dat locum *condictioni ob turpem vel iniustam causam* (12), cuius est species *condictio furtiva* et *actio rerum amotarum*. In tertio casu habetur *condictio sine causa* in sensu stricto. (13).

517. *Regulae in restitutione indebiti observandae.* — Restitutio indebiti consistere potest vel in restitutione rei corporalis, vel in solutione valoris alicuius facti seu praestationis (v. gr. si praestitisti operas quasi conductus), vel in rescissione alicuius iuris aut liberationis (14). — Extensio autem obligationis solvendi diversa est prout solutio indebiti accepta sit bona vel mala fide. Quare :

1° In casu bonae fidei debitor non tenetur nisi in proportionem ad utilitatem, quam ex solutione indebiti percepit; quia ipsi culpa verti non potest, quod solutionem acceperit ex persuasionem quod esset creditor (D. h. t. L. 3. i. f.). Nec respondere debet de amissione aut deterioratione rei, etsi proveniat ex facto proprio. Quoad fructus, debet restituere tantum fructus perceptos (D. h. t. L. 5.). Si rem vendidit, tantum eius pretium solvere tenetur; si donavit, ad nihil tenetur (D. h. t. L. 26. § 12. L. 65. § 8.). Tandem exigere potest omnes impensas necessarias et etiam impensas utiles in quantum inde rei pretium auctum fuerit (D. h. t. L. 26. § 12.).

2° Quodsi solutio mala fide fuerit accepta, debitor tenetur reparare omne damnum, quod inde obvenit solventi (D. eod. L. 65. § 8.). Tenetur ad praestandam culpam et de fructibus tum perceptis tum iis quos percipere neglexerit. Si rem quacumque ratione alienaverit, tenetur ad solvendum eius valorem, nec ei debentur nisi impensae necessariae.

(11) D. 12, 4. de condict. c. d. c. n. s.; C. 4, 6. de condict. ob caus. dat.

(12) D. 12, 5. de condict. ob turpem v. ini. caus.; C. 4, 7. de condict. ob turp. caus.; C. 4, 9. de condict. ex ini. caus.

(13) D. 12, 7. de cond. s. caus.; C. 4, 9. eod.

(14) D. 12, 7. L. 3.; D. 12, 6. L. 22. § 1.

III. Communio incidens.

D. 10, 3. comm. divid. — C. 3, 37. eod. — D. 10, 1. fin. reg. — C. 3, 39. eod.

518. *Communio incidens* est ille quasi-contractus, qui exurgit ex eo quod aliqua res ad plures pertinet independenter a contractu societatis. Talis communio accidere potest tum ex voluntate eorum, qui vinculo communionis ligantur, puta « *si a duobus res simul empta sit* », tum etiam casu, lege aut liberalitate tertiae personae. Producit inter comparticipes effectus similes, quos producit in sociis contractus societatis.

Unusquisque comparticeps habet ius postulandi dissolutionem communionis seu divisionem boni communis, non obstante quovis pacto in contrarium, cui vis iuridica non tribuitur, et quodcumque demum sit tempus que illa communio duraverit: cuius ratio est, quod illa coacta indivisio, ex una parte restringeret libertatem de propria re disponendi, ex alia parte esset fons dissensionum et litium. Validum tamen est pactum, quo partitio per modicum tempus arbitrio iudicis aestimandum differatur.

Dissolutio communionis et divisio rei communis fieri potest, vel ex privata eorum qui sunt participes voluntate, vel si ipsi non conveniunt auctoritate iudicis: in utroque casu divisio non est mere declarativa sed vere translativa proprietatis (15), cum hoc tamen discrimine, quod in divisione iudiciali proprietas acquiritur ipsa iudiciali sententia, in conventionali requiritur traditio (16).

519. Ad obtinendam solutionem communionis et executionem praestationum personalium, quae ad hoc debeantur, dantur actiones quae dicuntur *divisoriae*. Hae pro diverso obiecto sunt; *actio familiae erciscundae*, *actio finium regundorum*, *actio communi dividundo*. Quae actiones in sua essentia

(15) D. 2, 14. de pactis L. 45.; C. 3, 36. famil. erc. L. 15.

(16) Inst. 4, 17. de offic. ind. § 17. D. 2, 14. de pact. L. 45.; C. 3, 36. famil. erc. L. 15.

sunt personales (17), cum oriantur ex obligatione, cui dat locum communio, et inducunt *iudicia duplicia*, cum unaquaque pars sustineat personam actoris et rei ac possit damnari et absolvi.

Actio communi dividundo est actio divisoria, quae generaliore habet applicationem; ea enim adhibetur in solutione cuiusvis communionis, praeter eam quae provenit ex acquisitione haereditatis et illam quae oritur ex confusione finium duplicis praedii. Divisio, prout communio comprehendat unam vel plures res et habita ratione naturae harum rerum, fieri potest vel assignando cuique rei partem, vel unicuique aliquam rem integram, vel vendendo rem et distribuendo pretium, vel dando rem uni cum obligatione solvendi alteri certam quantitatem pecuniae (18). Qua in re iudex habet prudens arbitrium, in quo tamen, quantum fieri possit, debet sese accommodare voluntati partium et respicere earum commune interesse (19).

Actio finium regundorum (20) supponit praedia non aedificata et contigua, in quibus solis evenire potest finium con-

(17) In Inst. 4, 6. de action. § 2, de his actionibus dicitur: « *mixtam causam habere videntur, tam in rem quam in personam* ». Videlicet habent quamdam analogiam cum actionibus realibus, quia supponunt communitatem iurium realium et inde dant locum *ad iudicationibus*, quae sunt propriae actionis realis.

(18) Inst. 4, 17. de offic. iudic. § 4. 5.; D. 10, 3. comm. div. L. 10. § 2. L. 19. § 3.; C. 3, 37. eod. L. 3.; D. 10, 2. famil. erc. L. 22. § 1. L. 55.

(19) « Iudicem in praediis dividundis quod omnibus utilissimum est, vel quod malint litigatores sequi convenit ». D. 10, 2. com. div. L. 21.

(20) Haec actio fuit introducta lege XII. Tabularum, sed modus iudicandi erat diversus prout controversia respiceret spatium quinque pedum (*confinium*) quod debebat relinqui liberum inter duo praedia rustica (*controversia finalis*) aut spatium magis extensum et diversum. In primo casu controversia definiebatur iudicio trium arbitratorum (*agrimensores*), postea ex lege Manilia (a. 588) iudicio unius arbitri. In altero casu a magistratu non arbitris sed iudici definienda committebatur. Quae distinctio adhuc vigens tempore Theodosii II. (C. Th. 2, 26. fin. reg. L. 5.) non amplius habetur in legislatione Iustiniana, in qua cognitio semper defertur iudici, qui tamen potest recurrere ad consilium agrimensorum. C. 3, 39. fin. reg. L. 5. 6.

fusio, quae confusio finium et possessionis ipsorum est fundamentum actionis.

Hanc actionem experiri potest proprietarius, usufructuarius, emphyteuta, creditor pignoratitius et possessor bonae fidei respectu unius fundi contra eum, qui habeat respectu alterius fundi unam ex his qualitatibus.

Habet pro fine actio restitutionem antiquorum finium, vel, si id fieri nequeat eo quod cognosci non possint, constitutionem novorum. In hanc rem iudex potest uni parti adiudicare partem proprietatis alterius, imponendo ipsi solutionem congruae indemnitis.

Sententia, qua decernuntur fines, etiam damnat, si opus sit, ad praestationes, quae forte fieri debent ab aliqua parte, et prodest etiam illis proprietariis praediorum, qui partem in iudicio non habuerint.

SECTIO III. — *De effectibus obligationum earumque extinctione et transmissione.*

CAPUT XVI.

DE EFFECTIBUS OBLIGATIONUM

520. Effectus essentialis cuiusvis obligationis, quae iure civili plenam habet efficaciam (1), est debitum iuridicum efficiendi praestationem, quae est eius obiectum, ad cuius adimpletionem lex creditori actionem tribuit. Cui debito fit satis per solutionem.

§ 1. DE SOLUTIONE.

(D. 46, 3. de solutionibus et liberationibus. — C. 8, 43. eod.).

521. Notio. *Solutio* est praestatio rei, quae est obiectum obligationis. Quaelibet res *solvitur*, etiam humanae actiones debitaе. In sensu latiori vox *solutio*, in quantum idem significat

(1) Huc facit distinctio inter obligationes civiles et naturales, de qua n. 376. sq.

ac *liberatio* (a *solvere*), applicatur cuilibet causae, unde obligatio extinguitur.

Initio solutio summae pecuniae fiebat appendendo metallum (aes), quod in solutionem a debitore tradebatur (solutio *per aes et libram*). Qui modus, quamvis pro forma, perrexit adhiberi etiam postquam inducta est pecunia signata. Sed iure novo res solvuntur in numerata specie.

522. De persona solvente. Quilibet potest facere validam solutionem. Tertia persona potestolvere loco debitoris, etiam sine consensu debitoris aut creditoris (D. h. t. L. 72. pr. et § 2.).

1° Sine consensu creditoris, quia eius nihil interest solutionem reicere (2). Quodsi creditoris intersit et praesertim si contraxit intuitu personae debitoris, cessante motivo cessat ipsa regula (3). Ceterum creditor non tenetur tertiae personae pro alia solventi cedere actiones; quod beneficium cessionis actionum ad eas solas personas pertinet, quae aut cum aliis aut pro aliis tenentur ad solutionem (C. h. t. L. 5.).

2° Pariter quis potestolvere pro alio sine consensu ipsius debitoris, quia huius quoque nihil interest solutionem pro se factam reicere (D. h. t. L. 53.). Sed solvens non habet recursum contra debitorem, nisi cum accepit mandatum aut factus est gestor negotiorum (quam qualitatem excludit oppositio debitoris) aut in eius favorem creditor fecerit cessionem actionum: quibus in casibus respective uti potest contra debitorem aut actione contraria mandati, aut gestionis negotiorum aut actionibus creditoris.

Nota. Cum agitur de translatione iuris proprietatis vel alterius iuris realis, non in aliis casibus, solvens debet esse proprietarius et habere capacitatem alienandi, secus solutio est nulla. Quare si solvens non erat proprietarius creditor retinet ius in rem debitoris, salva obligatione restituendi rem acceptam: in defectu capacitatis alienandi solvens admittitur ad repetitionem nisi rem debitam solverit (D. h. t. L. 46. pr. L. 14. § 8.).

(2) D. h. t. L. 72. § 2.

(3) D. h. t. L. 31.

523. De persona cui solutio fit. — 1° solutio debet fieri creditori aut eius mandatario, secus est nulla (D. h. t. L. 12. § 2. 3.), etiamsi debitor per errorem putaverit se vero creditori vel eius mandatario solvere. Tamen ratihabitio gestionis negotiorum, cum mandato aequiparetur, solutionem reddit validam (D. eod. L. 12. § 4.).

2° Creditor, qui solutionem recipit, debet habere capacitatem alienandi, cum in solutione alienetur ius crediti quod per solutionem extinguitur (D. eod. L. 15.); secus solutio est nulla et debitor potest constringi ad alteram solutionem, quamvis creditor teneatur in quantum ditior factus sit, ne ex alieno ditiescat (D. eod. L. 15.).

3° Mandatarius creditoris admissus ad recipiendam pro ipso solutionem potest esse eius tutor aut curator vel simplex mandatarius aut *adiectus solutionis causa*: qua ultima designatione intelligitur persona mutuo consensu a partibus electa ad recipiendam solutionem; quae electio tacite fit cum fit stipulatio pro se aut pro tertia persona, haec tertia persona est *adiectus solutionis causa* (4): differt a mandatario quia creditor non habet ius revocandi et non obstante revocatione solutio potest valide fieri in manibus *adiecti* (D. h. t. L. 12. § 2. 3.).

524. Obiectum solutionis. 1° A debitore solvenda est res ipsa, quae est obiectum obligationis, nec satisfacit solvendo aliam, quicumque sit eius valor (5). Creditor quidem liber est ad aliam rem pro solutione acceptandam (6), quo casu verificatur *datio in solutum*. Qua in re Iustinianus sub nomine *dationis in solutum* exceptionem fecit; nam debitor summae pecuniae, cum solvendo non est nec alia habet mobilia nec emptorem reperiat immobilium, potest cogere creditorem ad acceptanda immobilia in solutionem, facta eorum per iudicem aestimatione: creditor tamen in casu habet electionem inter immobilia (Nov. 4. cap. 3.).

2° Debitor debet solvere integrum debitum simul, nec

(4) Inst. 3, 19. de inut. stipul. § 4.

(5) D. 12, 1. de reb. cred. L. 2. § 1.

(6) Inst. 3, 29. quib. mod. oblig. toll. pr.

creditor tenetur acceptare partialem solutionem (7). Quae regula non est absoluta, sed index, attenta conditione debitoris, potest eum admittere ad solvendum per partes (8). Sunt praeterea debitores, qui gaudent beneficio competentiae ad retinenda necessaria pro sustentatione; quo casu a creditore solum possunt vendi superflua (9), salvo iure iterum persequendi si debitor nova acquisierit. Hoc privilegio gaudent pater et mater creditoris eiusque fratres et sorores ac uxor et maritus (10), socer relate ad solutionem dotis et maritus quoad eius restitutionem (11), socii inter se (12), donator (13) et debitor qui fecit cessionem bonorum (14).

525. Locus solutionis. Immobilia solvuntur ibi, ubi sita sunt. Quoad mobilia, nisi de loco conventum fuerit, solvi debent ubi sine dolo malo sita sunt, si agitur de corpore certo; res vero fungibiles quocumque loco, modo is sit conveniens, solvi possunt, et speciatim debitor ius habet offerendi solutionem in proprio domicilio (15).

526. Tempus solutionis. 1º Si terminus fuit constitutus, eo elapso, non ante, debitor ad solvendum costringi potest (16). Potest tamen debitor anteolvere, quia terminus in eius favorem est constitutus, cui favori renunciare potest (D. h. t. L. 70.). Quodsi terminus fuerit constitutus in favorem creditoris, potest hic constringere debitorem ad solvendum antequam terminus elapsus sit, nec debitor habet optionem ut antea solvat (17).

(7) Arg. D. 22, 1. de usur. L. 41. § 1.

(8) D. 12, 1. de reb. cred. L. 21.

(9) D. 50, 17. de R. I. L. 173, pr.

(10) Inst. 4, 6. de action. § 38.; Arg. D. 17, 2. L. 63. pr.; D. 42, 1. de re iudic. L. 20.

(11) D. 24, 3. sol. matr. L. 17. pr. iunct. L. 15. § 2.; Inst. 4, 6. de act. § 37.

(12) D. 17, 2. pro socio L. 63. pr.

(13) D. 39, 5. de donat. L. 12.

(14) D. 42, 3. de cess. bon. L. 4. pr.

(15) D. 13, 4. de eo, quod certo loco. L. 9.; D. 5, 1. de iudic. L. 38.; D. h. t. (46, 3.) L. 39.

(16) Inst. 3, 15. de V. O. § 2.

(17) D. 16, 3. depos. L. 1. § 45. 46.; D. 33, 1. de ann. leg. L. 15.

2° Si nullus terminus fuit praefixus, debitor solvere tenetur ad primam petitionem creditoris (18). Exceptiones: *a)* haeres, qui inventarium conficit, potest repellere creditores successionis toto tempore ipsi concesso ad inventarium conficiendum; *b)* suspensio solutionis etiam resultat ex beneficio competentiae et ex facultate iudici attributa admittendi debitorem ad partiales solutiones.

527. Probatio solutionis. Haec probatio incumbit debitori, qui solutionem factam allegat per modum exceptionis, et fit mediis ordinariis. Nihilominus aliqua specialia de hac re statuuntur: 1° scriptura privata de solutione recepta fidem non facit nisi post triginta dies a data: interim creditori favet *replicatio non numeratae pecuniae et condictio sine causa* ad repetendam praedictam scripturam (19). Cuius ratio est, quod saepe debitor recipit scripturam privatim signatam tamquam invitationem ad solvendum. — 2° Solutio praesumitur facta si chirographus fuerit redditus aut cancellatus (20) — 3° si solutio fieri debet per praestationes periodicas; solutio ter facta est praesumptio pro solutionibus praecedentibus (21) — 4° probatio solutionis debiti, quod in scriptis relaturn est, nisi habeatur in scriptis securitas solutionis factae, debet fieri per quinque testes de visu, sacramenti religione obstrictos. Ita Iustinianus C. 4, 20. de testib. L. 18. pr.

528. Solutionis factae vis atque effectus. Solutionis rite factae haec est vis, ut ipso iure et debitor liberetur, et quae crediti tuendi causa ei accesserunt obligationes, ut fideiussorum, ut hypothecarum, similiter tollantur. — Iam si is, qui pluribus ex causis debitor est, aliquam solvendo pecuniae summam, non dicit, in quodnam potissimum debitum velit solutum (quod permittitur ei, si nihil praeterea obstat); tum creditor, cuinam acceptum ferat, ita constituat, quemadmodum voluisse debitorem verisimile est (D. h. t. L. 1.). Qua

(18) Inst. 3, 15. de V. O. § 2.

(19) C. 4, 30. de non numer. pec. L. 14. § 2. 4.

(20) Arg. C. 8, 43. de solut. L. 14. 15.; Arg. D. 22, 3. de probat. L. 24.

(21) C. 10, 22. de apochis public. L. 3.

in re, nisi aliter inter partes actum esse appareat, hae sequendae sunt leges: *primum* ut in graviolem causam solutum videatur (est autem gravior causa, ob quam infamia sequatur condemnatum, aliave poena); tum quae sub usuris debetur, cuive pignora accesserunt vel fideiussores; praeterea cuius dies vel conditio existit, quaeve nec aliis excludi potest exceptionibus, ea quoque, quae principaliter, non fideiussorio nomine, obligat; denique antiquior causa. Deinde ut primo in usuras, post in sortem acceptum feratur. Quodsi vero creditor pignus distrahendo ipse sibi satisfacit, fere suo arbitrio, in quam velit causam acceptum referre potest.

§ 2. DE MORA DEBITORIS VEL CREDITORIS.

D. 22, 1. de usuris, fructib.... et mora.

529. *Mora* est culpabilis dilatio in executione obligationis sive ex parte debitoris sive ex parte creditoris.

530. De mora debitoris: I. *Requisita:* a) oportet ut debitum seu obligatio exigi possit. Quare mora non habet locum absolute in obligatione naturali nec in civili nisi verificata sit conditio suspensiva appositae vel venerit dies sub quo obligatio inita est, nec quamdiu executioni opponi potest exceptio dilatoria: « *non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest* ». L. 40. D. 12, 1. de reb. cred.

b) Praeterea defectus solutionis debet posse tribui culpae debitori. Quare non habet locum mora si solutio fuit ipsi impossibilis sine culpa (22).

c) Regula generalis est debitorem non incurrere moram ni praecesserit *interpellatio* (23). Quae interpellatio: 1° tantum fieri potest ab eo qui est capax recipiendi praestationem; is autem eam potest facere etiam per mandatarium (D. h. t. L. 24. § 2.). Pupillus vel interdictus eam facere debet per tutorem vel curatorem; 2° debet interpellari debitor capax;

(22) Cfr. D. 50, 17. de R. I. L. 3. 185.; D. 12, 1. de reb. cred. L. 5. D. h. t. L. 17. § 3.

(23) Plures sunt in quibus debitor incurrit moram ipso iure et sine interpellatione, ut in debitis ex maleficio; si debitor reperiri non potest, quo casu sufficit *protestatio iudicialis*. D. h. t. L. 23. § 1.

si est incapax eius tutor vel curator; 3^o potest fieri iudicialiter vel extraiudicialiter.

II. *Effectus morae debitoris.* Debitor in mora constitutus tenetur *in id quod interest*, seu de omnibus damnis illatis patrimonio creditoris tum positivis (*damnum emergens*) tum negativis (*lucrum cessans*) (24). Quare tenetur de amissione rei debitae etiam ex casu fortuito, nisi res eodem casu etiam apud creditorem periisset et hic non fuit privatus occasione eam ante vendendi (25).

III. *Purgatio morae.* Mora debitoris cessat per extinctionem debiti sive obligationis; per renuntiationem creditoris seu per concessionem dilationis ad solvendum; tandem cum primum debitor creditori solutionem offert tum debiti principalis tum eorum ad quae tenetur ex praecedenti mora.

531. De mora creditoris. Creditor constituitur in mora cum per actum culposum positivum vel negativum reddit impossibilem executionem obligationis, v. gr. non accipiendo solutionem, quae ipsi loco et tempore opportuno fit (*oblatio rite facta*) (26).

Creditore in mora constituto, debitor non tenetur nisi de dolo et culpa lata, nec amplius tenetur de casu fortuito.

§ 3. DE INEXECUTIONE OBLIGATIONIS.

532. Hic praesertim considerandi sunt tres casus inexecutionis, qui procedunt vel ex *casu fortuito* vel ex *dolo* vel ex *culpa*.

533. De casu fortuito. Si praestatio promissa redditur impossibilis, debitor qui non constituitur in mora vel culpa manet liber: « *casus a nemine praestatur* » (D. 50, 17. de R.

(24) D. 45, 1. de V. O. L. 114. 113. § 1. Cfr. D. VII, 1. de usufr. L. 36. § 2. etc.

(25) Arg. D. 46, 3. de solut. L. 72. pr.; C. 4, 32. de usur. L. 6.; C. 5, 56. de usur. pupill. L. 4. — Fructus et usurae moratoriae in obligationibus stricti iuris non debentur nisi a tempore litis contestationis. D. h. t. L. 3. § 1.

(26) Cfr. D. 46, 3. de solut. L. 39. L. 72. pr. et § 3.; D. 45, 1. de V. O. L. 122. pr.; D. h. t. 22, 1. de usur. L. 41. § 1.; D. 19, 1. de act. empt. vend. L. 3. § 4.

I. L. 17.). Sed si debitor constitutus fuit in mora, tenetur, ut dictum est, de damnis. Pariter tenetur de damnis ex casu fortuito provenientius, si haec non fuissent subsequuta, nisi praecedens dolus vel culpa debitoris locum habuisset (*casus dolo vel culpa determinatus*). Haec valent, nisi in casu particulari aliter lex disponat, vel adsit diversa inter partes conventio. Quare si debitor libere assumit obligationem etiam pro damnis ex casu fortuito provenientius, obligatione suscepta tenetur.

534. *De dolo et culpa*. Debitor tenetur erga creditorem de damnis, cum ex *dolo malo* ipsius factum est, ut in totum vel ex parte redderetur impossibilis adimpletio obligationis, etiamsi forte adesset pactum contrarium (27): dolus autem utriusque partis compensatur (28). *Culpa* vero non in omnibus obligationibus praestatur: saepe tamen negligentia crassa (*culpa lata*) dolo aequiparatur (29), ideoque cum sermo est de culpa per oppositionem ad dolum intelligitur *culpa levis*.

Generatim loquendo *culpam (levem)* non praestat qui ex vinculo obligationis nullam utilitatem percipit, sed tantum qui percipit (30). Nonnumquam tamen etiam is, qui utilitatem non percipit, si se sponte negotio obtulerit, gravius tenetur (31); item is qui suscipit negotiorum alterius gestionem, quod negotium iuridicum requirit *exactam diligentiam diligentis patrisfamilias* (32). E contra dantur casus, in quibus is, in quem redundat utilitas obligationis, solum tenetur de *culpa gravi* (33). Tandem sunt casus, in quibus obligatus tenetur de

(27) « Nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est » ideoque nulla: D. 16, 3. depos. L. 1. § 7.; D. 39, 5. de donat. L. 18. § 3.

(28) D. 4, 3. de dolo L. 36.; D. 18, 1. de contr. empt. L. 57, § 3.

(29) « *Magna negligentia culpa est, magna culpa dolo est* ». D. 50, 16. de V. S. L. 226.; D. 11, 6. si mensor. L. 1. § 1.

(30) D. I. (30) de legatis L. 118. § 12.; D. 13, 6. commod. L. 18. pr. Cfr. L. 23. de R. I. 50, 17.

(31) D. 16, 3. depos. L. 1. § 35.

(32) D. 3, 5. de negot. gest. L. 11.; C. 4, 37. mandat. L. 11. 13. 21.; D. 50, 8. de adm. rer. ad civ. pert. L. 6.

(33) D. 11, 6. si mensor L. 1. § 1.; D. 43, 26. de precario L. 8. § 3. Cfr. *Arndts-Serafini*, Pandette § 85. 250.

culpa levi, sed eam tantum diligentiam adhibere tenetur, quam in rebus suis adhibere solet (34). Si utraque pars culpam admisit, obligationes inde resultantes possunt compensari. D. 16, 2. de comp. L. 10.

CAPUT XVII.

DE EXTINCTIONE OBLIGATIONIS

(Inst. 3, 29. quib. mod. oblig. toll. — D. 46, 3. de solut. et liber. — C. 8, 43. eod.).

Praenotiones.

535. Vinculum quod *obligatione* contrahitur inter creditorem et debitorem non sistit in se, sed destinatur ad cessationem, praesertim et naturaliter per obiecti praestationem. Hinc vocabulo tecnico *obligatio* (*ob-ligare*) respondet vocabulum technicum *solutio* vel *liberatio*, quo significatur actus vel factum quodcumque, quod obligationem extinguit seu *vinculum iuris* tollit. Nec solo nomine sibi respondent obligatio et solutio, sed etiam causa, effectibus et formis seu modis quibus illa liberatio seu extinctio obligationis inducitur.

I. Sicut causae obligationis, ita etiam modi extinctionis reducuntur ad duplicem classem: prima est illorum, qui habent pro causa voluntatem partium seu consensum creditoris et debitoris; altera est eorum, qui sunt consecrarium alicuius facti independentis a partium voluntate, cui lex ipsa dat efficaciam extinctivam obligationis.

II. Quoad effectus oportet distinguere modos *iuris civilis* et modos *iuris praetorii*; et sicut obligatio *civilis* distinguitur a *praetoria* per actionem qua firmatur, ita modi extinctionis civiles distinguuntur a praetoriis per specialem efficaciam quae prioribus competit (solvunt vinculum directe, *ipso iure*) et qua carent posteriores (solvunt vinculum indirecte seu *ope exceptionis*).

(34) Cfr. L. 23. D. de R. I. 50, 17.

Quare: 1^o debitor, qui invocabat modum extinctionis iuris civilis, obtinebat a magistratu, *in iure, denegationem actionis*; quod si extinctionem apud magistratum non invocasset, adhuc poterat illam opponere apud iudicem (*in iudicio*), nec huic opus erat speciali instructione in formula data. Si ageretur de modo extinctionis operante *exceptionis ope*, cum obligatio *iure civili* non esset extincta, magistratus non poterat creditorem repellere per *denegationem actionis*; debuit ergo debitor petere a magistratu, ut in formula insereret *exceptionem*, cuius existentiam debebat comprobare iudex, eaque existente, debitorem absolvere: quare actio in casu non erat extincta sed impedita per remedium praetorium, *exceptionis ope*: quare si debitor negligens fuisset in procuranda insertione exceptionis in formula, non proderat exceptionem proponere apud iudicem, sed is, ea neglecta, debitorem debuit condemnare.

2^o Cum hac differentia, quae cum systemate formularum disparuit, coniuncta est alia, quod extinctio *ipso iure* est absoluta, dum quae fit *exceptionis ope*, non ita est absoluta, ut non possit reviviscere obligatio, si exceptio qua inducitur potest elidi.

III. Sicut secundum formulisticum systema primitivum actus iuridicus debebat esse positus sub certa forma, ita eadem forma in sensu contrario poni debuit ad eius extinctionem (1): cuique obligationi respondebat iure antiquo proprius modus extinctionis, forma in sensum contrarium adhibita, *actus contrarius*.

IV. *Divisio*. Modi extinctionis possunt poni in triplici classe: a) in prima ponitur factum adimpletae praestationis: atque hic est modus naturalis et normalis, *solutio* (sensu stricto) seu *liberatio* (2); b) in altera comprehenduntur modi, qui cum non sint solutio, ipsi aequivalent quoad effectum, quia creditor consentit in recipienda, pro estinguenda obligatione, aliqua praestatione diversa ab ea, quae sibi debetur: *satisfactio*

(1) Cfr. iuridica effata Gaii, Ulpiani et Pauli in D. 50, 17. de reg. iur. L. 100. L. 17. L. 153.

(2) Gaius III. 168.; Ulpianus in D. 50, 16. de V. S. L. 176.

aequivalens *solutioni* (3). Talis est casus, quo creditor consentit in *novationem* vel *dationem in solutum*; c) tertia classis comprehendit casus, in quibus creditor nec obtinuit *solutionem* nec *satisfactionem* aequivalentem v. gr. si habetur gratuita seu liberalis *remissio*, si res casu fortuito periit: tunc datur *solutio* sensu lato huius vocis (D. 46, 3. de solut. L. 54.).

Dividi etiam possunt in modos dependentes et independentes a voluntate partium.

Tandem ratione iuris unde proveniunt, sunt aut modi iuris civilis aut modi iuris praetorii.

Praescindendo in ordine tractationis ab istis divisionibus, quae vel sunt parum practicae vel habent dumtaxat momentum historicum, praecipuae causae extinctionis sunt, praeter solutionem de qua actum est capite praecedenti: remissio debiti, compensatio, novatio, confusio, concursus duplicis causae lucrativae, lex.

§ 1. DE REMISSIONE DEBITI

536. Principia generalia.

Debitum *remitti* potest aut per conventionem aut per legatum. De legato liberationis agitur in iure haereditario; hic tantum agendum est de liberatione ex conventione.

Romani sequuti sunt principium, iisdem modis quis liberatur, quibus obligatur. Cum vero obligatio contrahi posset consensu, verbis, litteris, re; inde: 1° obligatio consensu inita dissolvi poterat per consensum in contrarium et quidem pleno iure (Inst. h. t. (3, 29.) § 4.).

2° Obligatio verbis inita etiam pleno iure dissolvitur per stipulationem contrariam, quae dicitur *acceptilatio* (Inst. h. t. § 1.).

3° Pariter antiquo iure romano obligatio litteris inita seu resultans ex *nominibus transcriptitiis* pleno iure solvebatur per inscriptionem contrariam, quae dicebatur *expensilatio*. At per solam conventionem tum verbalis tum litteralis obligatio non exinguebatur nisi *exceptionis ope*.

(3) D. 50, 16. de V. S. L. 176.; D. 46, 3. de solut. L. 52.

4. Obligationes re initae dissolvi non poterant per modum contrarium, quia in hoc casu remissio confunderetur cum vera solutione (*Gaius* III. 170.). Transferri tamen poterant in aliam naturam et sic remissionem accipere. Sane iure romano quocumque modo inita obligatio poterat reduci ad obligationem verborum per *novationem* seu stipulationem eiusdem praestationis, sic autem mutata extinguí poterat per *acceptilationem*. Adeo autem invaluerat mos obligationes quocumque modo initas ad formam stipulationis reducendi, ut quidam iuriconsultus Aquilius Gallus formulam generalem stipulationis adinvenerit, quae omnes obligationes inter partes existentes comprehenderet, quae *stipulatio Aquiliana* dicta est § 2. Inst. h. t.: obligatio verbalis, quae ex stipulatione oriebatur poterat per acceptilationem remitti.

537. De acceptilatione (*D.* 46, 4. *de acc.* — *C.* 8, 44. *eod.*). Est ergo acceptilatio (*acceptum ferre*) remissio debiti facta per stipulationem et innixa in solutione fictitia (*Gaius* III. 169. iunct. II. 85. III. 171.). Erat contraria stipulatio, in qua debitor non interrogabatur, sed interrogabat; et e converso creditor non interrogabat, sed interrogabatur: *Habesne acceptum, quod tibi promissi?* — *Habeo*. Acceptilatio non admittebat neque conditionem neque diem (*D.* h. t. L. 4, 5.) et si referebatur ad obligationem individuum pro parte esse non poterat (*D.* h. t. L. 13. § 1.), omnibus autem proderat aut oberat, qui aliquam relationem haberent ad obligationem sic remissam (*D.* h. t. L. 16. pr.) atque operabatur ipso iure relate ad obligationem ortam ex stipulatione (*D.* h. t. L. 13. § 12.).

538. Remissio per simplicem conventionem. Remissio debiti per simplicem conventionem (*pactum ne petatur; pactum de non petendo*) exigebat partium consensum (*D.* h. t. L. 91.); per talem consensum in contrarium creditor renunciabat actioni et proinde efficaciae iuris proprii obligationis. Qui consensus in contrarium etiam *tacite* continebatur in facto, ex quo erui posset creditoris voluntas debitum remittendi: tale factum erat. remissio chirographi ex quo debitum apparet (4), chi-

(4) *D.* 2, 14. *de pact.* L. 2. § 1.; *D.* 30 (I) *de legat.* L. 84, § 7.; *D.* 34, 3. *de liberat. legata* L. 3. § 1. 2.: cum autem agatur de prae-

rographi destructio (5), apochae traditio in qua mentio sit solutionis peractae (6), chirographi pignoris aut pignoris ipsius restitutio (7).

Simplex conventio effectum extinctionis producit pleno iure, ut iam dictum est, si agatur de contractu consensuali, itemque si agatur de pacto confirmato aut simplici (8): in ceteris casibus operatur exceptioe propter dolum. *exceptio pacti conventi* (9).

Ex principiis generalibus de conventionibus remissio effectum habet inter partes eorumque haeredes (10), sed non in aliis debitoribus vel creditoribus, qui partem habent in eadem obligatione; quare remissio non potest invocari ab aliis cor-reis debendi nec contra alios debitores, respectu quorum est *res inter alios acta* (11). Nihilominus condebitoribus possunt remissionem invocare, cum ipsis competit recursus contra debitorem liberatum, secus remissio neque huic prodesset (12).

Addendum tamen est remissionem limitari potuisse in sua efficacia a voluntate contrahentium, sive quoad debitorem, sive quoad creditorem, sive quoad utrumque; atque inde divisio pacti de non petendo in pactum *in personam* et pactum *in rem*: in dubio tamen, cum pactum in personam sit exceptio, potius praesumendum est intercessisse pactum in rem.

§ 2. DE COMPENSATIONE.

D. 16, 2. de compensationibus — C. 4, 31. eod.

539. Notio et historia. Compensatio est *debiti et crediti inter se contributio* (L. 1. D. h. t.); i. e. extinctio debiti per oppositionem, haec est a debitore probanda, si creditor asserat vel remissionem dolo extortam fuisse, vel aliam significationem habere praeter quam liberandi ab obligatione. C. 8, 43. L. 14, 15.

(5) D. 22, 3. de probat. L. 24.

(6) C. h. t. L. 6. 21. 23.

(7) Cfr. D. 2, 14. de pact. L. 3.; C. 8, 27. de distract. pign. L. 7.

(8) Inst. h. t. § 4.; D. h. t. L. 95. § 4.

(9) Inst. 4, 13. de except. § 3.

(10) D. 2, 14 de pact. L. 40. pr.

(11) D. eod. L. 23. L. 27. pr.

(12) In hac re prae oculis habenda sunt principia tradita de obligatione in solidum.

sitionem crediti, quod debitor habet in personam creditoris. Fundatur in fictitia quadam mutua solutione, qua vitatur inutilitas duorum actuum, quorum alter alterum destrueret.

Hoc institutum iuridicum, quod adeo rationi congruit et utilitatem parit, iure romano antiquo non fuit admissum nisi in nonnullis casibus particularibus sc. in argentario et bonorum emptore (*Gaius* IV. 64. 65.): per ipsum enim derogatio fiebat illi principio stricto, quod debitor id praecise solvere tenetur quod debet. Satis tamen mature admissa est compensatio in obligationibus bonae fidei ex eadem causa provenientibus (*Gaius* IV. 61.); immo iam initio iuris classici extensum est principium ad obligationes stricti iuris ex eadem causa ortas, quamvis ex regula generali, proceduram respiciente, debitor debebat curare, ut insereretur exceptio doli in formula actionis stricti iuris, sine qua iudex non poterat habere rationem compensationis (13). Sub finem vero periodi classicae compensatio fuit absolute admissa etiam relate ad debita ex diversa causa orta (*Paulus* II. 5. § 3.) et cum procedura formularum disparuit quoque necessitas inserendi exceptionem pro obligationibus stricti iuris.

540. *Conditiones requisitae.* 1° oportet ut agatur de duplici debito valido, sive efficaci, qua conditione posita etiam creditum ortum ex obligatione naturali opponi potest. (D. h. t. L. 6.).

2° Vinculum obligationum debet existere inter easdem personas, actorem et reum: unde reus conventus non potest opponere actori creditum, quod pertineat ad tertiam personam adversus actorem, neque suum creditum quod habeat adversus tertiam personam licet haec actoris sit creditor (14). Nominatim mandatarius, tutor et curator non possunt invocare credita sui principalis contra actorem (15). Item qui in solidum debitor est, non potest correi creditum in compensationem adducere (16), nisi ex speciali relatione iuridica inter

(13) Inst. 4, 6. de action. § 30.

(14) D. h. t. L. 18. § 1. L. 16. pr.; C. h. t. L. 9.

(15) Arg. D. h. t. L. 14.

(16) D. 45, 2. de duob. reis L. 10.

ipsos existente reus conventus regressum in correum habeat (17).

3° Oportet ut duplex debitum versetur circa idem obiectum, ea ratione, ut pars, quae vult compensatione uti, possit solvere suum debitum re quae sibi a creditore debetur, secus fictitia mutua solutio careret fundamento. In casu rerum fungibilium opus est, ut sint eiusdem generis et qualitatis (18), secus in compensationem venire non possent, nisi obiectum obligationum in id quod interest resolveretur.

4° Obligatio debet esse praesens: quod in diem debetur in compensationem non adducitur antequam dies veniat (D. h. t. L. 15.).

541. Effectus compensationis. Compensatio opposita extinguit duplex debitum atque creditori petenti solutionem compensatio opponi potest, quia actoris creditum perimitur per creditum rei usque ad communem quantitatem (19).

N. B. Compensatio in nonnullis debitis locum habere non potest. Nam: 1° depositarius nequit compensare retentionem rei depositae cum credito erga deponentem (C. 4, 34. depositi L. 11.); 2° commodatarius nequit compensare retentionem rei commodatae cum credito erga commodantem (C. 4, 23. commod. L. 4.); 3° occupator rei alienae retentionem huius nequit compensare cum credito erga eum, qui spoliatus est, quia spoliatus ante omnia restituendus est (C. h. t. L. 14. § 2.); 4° pariter non admittit compensationem creditum alimentorum; 5° credita quaedam fisci vel civitatum non compensantur (Cfr. L. 1. 3. 7, C. h. t.; L. 20. D. h. t.).

§ 3. DE NOVATIONE.

D. 46, 2. de novat. et deleg. — C. 8, 42. eod.

542. Notiones. Novatio est prioris debiti in aliam obligationem sive civilem sive naturalem transfusio atque transla-

(17) D. 16, 2. de comp. L. 4. 5.

(18) *Gaius* IV. 66.; *Paulus* II. 5, 3.

(19) D. h. t. L. 11.; C. h. t. L. 4. 5. 14. pr.; Inst. 4, 6. de act.

§ 30. Utrum autem fiat *ipso iure* in controversia est.

tio, hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimatur: novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione (20). Id est, est substitutio novae obligationis in locum alterius: quae potest esse *objectiva*, si mutatio fit in ipso debito v. gr. in re debita, in causa, in accessoriis, vel *subiectiva* si mutatio fit in personis, quae in obligatione interveniunt v. gr. substituendo novum debitorem, vel novum creditorem, vel mutando utrumque.

Pluribus usibus inserviebat novatio: 1° ut conventio aliqua per stipulationem indueret formam stricti iuris; 2° ut possibilis fieret acceptilatio, per quam obligatio auferri posset; 3° ut vetus obligatio mutationem acciperet; 4° ut obligationis ius de una in aliam personam transiret.

543. Novationis requisita. 1° debet existere obligatio valida: obligatio enim vetus est veluti pars materialis negotii iuridici novationis, nec concipitur translatio de uno in aliud quandocumque non existit quod transferri possit. Nihil autem interest pura sit an ad diem vel sub conditione aut obligatio mere naturalis, quamvis in obligatione sub conditione novatio effectum habere non possit nisi expleta conditione (21).

2° Requiritur conventio, quae inducat obligationem validam, quaecumque sit huius obligationis natura. Si tamen nova obligatio est conditionalis, novatio non habet effectum nisi expleta conditione, ea autem non verificata vetus obligatio pergit producere suos effectus (22). — Quoad formam novae conventionis requiritur stipulatio ad hoc ut vetus obligatio pleno iure extinguatur et succedat obligatio civilis (23). Simplex conventio veterem obligationem dumtaxat extingueret exceptionis ope, eique succederet obligatio naturalis. — In novatione *subiectiva* requiritur consensus *novi* debitoris vel *novi* creditoris (*Gaius* III. 128-130), cum cessio crediti fieri possit sine concursu debitoris. Quid autem de *veteri* debitore aut creditore? Imprimis non est necesse ut antiquus de-

(20) *Ulpianus* in L. 1. D. h. t.

(21) D. h. t. L. 1. § 1. L. 5. L. 14. § 1.

(22) D. h. t. L. 14. pr.

(23) *Arg.* D. h. t. L. 11. § 1.

bitor consentiat, immo fieri potest novatio etiam ipso nolente quia ipsi semper est utilis (24): de facto tamen antiquus debitor semper habebit interventum in novatione, dando alteri (qui plerumque erit suus debitor) mandatum sese pro ipso obligandi; quod mandatum dicitur *delegatio* et creditor in cuius utilitatem fit dicitur *delegatarius* (25). E contra ad substituendum novum creditorem veteri, huius consensus ex natura rei requiritur, quia novatio eum spoliare debet iure crediti (26): antiquus creditor alteri (qui generatim erit suus creditor) dabit mandatum pro se stipulandi (*delegatio*): vetus creditor, cum suum creditum alienet, debet esse capax alienandi (27).

3^o Vetus creditor debet habere intentionem renuntiandi suo iuri, seu, ut dicitur, partes debent habere *animum novandi*, nec novatio praesumitur sicut nec quaevis alia renuntiatio (28). — Novatio tamen potest esse expressa aut tacita: sufficit ergo ut creditor tales actus ponat, qui non possint rationaliter interpretari nisi de renuntiatione: si voluntas novandi sit evidens, novatio debet admitti etsi deficiat formalis expressus consensus, nec aliter videtur statuuisse Iustinianus (Cfr. C. h. t. L. 8.), licet nonnulli interpretes dissentiant. — Speciatim novatio habetur, si partes mutant rem debitam vel debiti causam (29), cum enim in utroque casu partes transformaverint obligationem originariam, debuerunt habere *animum novandi*. Sed non debet considerari ut novatio tacita mutatio facta in modo vel accessoriis obligationis aut simplex delegatio novi debitoris, qui promittit eandem rem, aut novi creditoris, qui eandem rem stipulatur. — In defectu certi animi novandi, vetus obligatio subsistit cum nova (30), quamvis duo credita cumulari non possint (31), nisi ex circumstantiis ap-

(24) D. h. t. L. 8. § 5.

(25) Arg. D. h. t. L. 11. § 1.

(26) D. h. t. L. 8. § 5.

(27) D. h. t. L. 20. § 1. iunct. D. 46, 3. de solut. L. 15.

(28) D. h. t. L. 2.

(29) D. h. t. L. 8. § 5.

(30) Inst. h. t. § 3.

(31) D. h. t. L. 8. § 5.

pareat partes voluisse cumulationem. Quare si conventio intercessit inter easdem personas, aderit obligatio alternativa, in qua creditor habebit optionem; in casu vero delegationis novi promittentis vel novi stipulantis aderit obligatio in solidum passiva vel activa inter duos promittentes vel duos stipulantes (32).

544. *Effectus novationis.* Novatio extinguit veterem obligationem cum accessoriis, veluti hypotheca, pignore, fideiussione (33); non amplius usurae decurrunt; mora purgatur; privilegia abeunt; decedit clausula poenalis; exceptiones amittuntur ceteraque iuris remedia, quibus debitor in veteri obligatione se tueri poterat (34). — Creditor omnia habebit, quae per conventionem in novam obligationem deducta sunt; actionem novam acquirit et ad veterem non amplius recurrere potest (35). Si tamen voluntas partium est, generatim loquendo, accessoria veteris obligationis in hanc novam transire possunt, in quantum pendent a sola partium voluntate.

§ 4. ALIAE CAUSAE EXTINCTIONIS.

545. I. *Confusio qualitatis debitoris et creditoris* in eadem persona, quod praesertim fit cum debitor succedit in *universum ius* creditoris vel viceversa (36); quae confusio extinguit debitum cum accessoriis, quia nemo potest insimul esse creditor et debitor respectu eiusdem rei. Quod si confusio non habet locum nisi quoad partem, etiam extinctio debiti est partialis dumtaxat.

II. *Praescriptio liberatoria* 30. annorum etiam extinguit debitum, manente tamen obligatione naturali (37).

(32) Inst. h. t. § 3.; D. h. t. L. 8. § 5.

(33) Inst. 3, 29. § 3.; D. h. t. L. 1, pr. L. 18. 27.; C. h. t. L. 2. 4.

(34) D. h. t. L. 8. 12. 19. pr. 29.

(35) C. h. t. L. 3.

(36) D. 45, 3. de stipul. serv. L. 7. § 1.; D. 9, 4. de noxal. act. L. 37.

(37) Hanc obligationem naturalem manere, nonnulli negant, veluti Windscheid I. § 112. Sed communius admittitur. Cfr. *Van Wetter II.* pag. 242. sq.

III. *Concursus duplicis causae lucrativae*, cum duae causae lucrativae (38) in eundem hominem et in eandem rem concurrere non possint, nec possit idem obiectum sub eadem ratione eidem creditori bis deberi: (39) quare prima obligatio ipso iure evanescit et remanet altera.

CAPUT XVIII.

DE TRANSMISSIONE IURIS OBLIGATIONIS

SEU DE CREDITORUM CESSIONE.

D. 18. 4. de haereditate vel actione vendita — C. 4, 39. eod.

546. *Notio.* Cessio crediti est eius alienatio in favorem alterius facta: quo in negotio tres personae requiruntur: creditor, *cedens*; debitor, *cessus* et tertia persona, *cessionarius*. Nomen habuit cessionis actionum, quia antiquo iure romano crediti alienatio aliter fieri non poterat nisi per cessionem actionum, quae ex credito oriuntur: cedens dabat cessionario mandatum ad litem ad persequendum debitorem, qui tamen non agebat loco domini sed nomine proprio et directe fiebat dominus litis; erat veluti *procurator in rem suam*. Iure autem Iustiniano haec cessio actionum iam non est necessaria generatim loquendo: cessionarius pleno iure gaudet actionibus creditoris: innixus alienatione crediti in sui favorem facti potest persequi debitorem per actiones utiles *quasi ex iure cesso*, sc. ope actionum, quae fundantur in ficta cessione (actionum), quia actiones directae indigent vera cessione (C. h. t. L. 7. 8.). — Qui vero gaudent beneficio cessionis actionum, quia pro alio vel cum alio tenentur ad debitum solvendum, hi soli sunt qui adhuc tenentur reclamare cessionem

(38) Cfr. D. 44, 7. de O. et A. L. 17.; Inst. 2, 20. de leg. § 6.

(39) Unus titulus onerosus potest bene concurrere cum alio titulo oneroso vel gratuito: ita donatarius vel legatarius alicuius rei potest petere executionem donationis aut legati postquam eandem emptione (i. e. titulo oneroso) acquisivit; quo casu habet ius, non ad aestimationem rei, sed ad pretium pro ipsa solutum; qua ratione obtinetur finis liberalitatis cum res vere acquiratur gratuito (Inst. 2, 20. de leg. § 6).

proprie dictam: quam petitionem debent facere antequam plene solutionem faciant creditori eos persequenti, cum enim solutio extinguat debitum et actiones quae ex debito competunt creditori, actiones extinctae non possent amplius cedi (D. 46, 3. de solut. L. 76.).

Plures iuris interpretes nolunt in casu cessionis admittere veram *crediti* seu iuris obligationis alienationem, quia in tali iure vident characterem personalem cum vera alienatione pugnantes: unde tenent cessionarium accipere dumtaxat illius iuris exercitium vel etiam actionem, quam a iure obligationis distinctam volunt tamquam medium a fine. Sed alii simpliciter admittunt illam alienationem, ita ut cessionarius vere succedat titulo particulari creditori in huius ius obligationis, fontes enim saepe loquuntur de *crediti* venditione (1). Nec deest tertia sententia, quae alienationem admittit considerando negotium peractum inter cedentem et cessionarium, qui revera aliquid in suum patrimonium recipit; respectu vero debitoris cessi cessionarium considerat ut simplicem mandatarium: quae tertia sententia innititur historicae evolutioni cessionis.

Nullo modo confundenda est cessio cum novatione, qua novus creditor veteri substituatur. Cessio transfert in cessionarium creditum existens et inde fit sine consensu debitoris. Novatio vero est substitutio novae obligationis in locum veteris novum creans vinculum obligationis, ideoque exigit consensum debitoris (C. 8, 42. de novat. L. 1.).

547. *Conditiones requisitae.* I. Primo loco creditor debet habere in suo patrimonio creditum de quo agitur, et habere capacitatem alienandi.

II. Creditum debet esse cessibile. Plura sunt quae non sunt capacia cessionis, sive ex eorum natura sive ex speciali legis dispositione. Cedi nequeunt: 1° actiones (2) in rem, quae qua-

(1) D. h. t. L. 4. 6. 14. pr. 17. 19. 23. § 1.

(2) Arg. D. 12, 6. de condict. ind. L. 26. § 12. Omnes actiones ex obligatione cedi possunt; hic tamen interpretes quaestionem tractant in genere quoad omnes actiones. Porro, ut praescindatur a sententiis, quae de alienatione crediti dantur, certe omnes faciunt quaestionem de actione, quam proponere potest cessionarius, ut sibi a debitore satisfiat.

litati personae adhaerent, et consequenter a sola persona, cui adhaerent, haec iura exerceri possunt; 2^o actiones publicae et populares (3), quae dum non sunt intentatae non pertinent ad proprium patrimonium, et cum intentatae sunt inalienabiles fiunt tamquam res litigiosae; 3^o actio, cuius effectus est reparatio damni moralis, *actiones vindictam spirantes*, quae etiam habent characterem personalem (4); 4^o actio iam introducta in iudicio *post litis contestationem* (5); 5^o actiones quae intercedunt inter pupillum aut minorem et tutorem vel curatorem (6).

III. Cessionem subesse debet causa aliqua iusta: haec iusta causa vel est factum hominis (cessio *voluntaria*), i. e. conventio aut quasi contractus v. gr. per venditionem, donationem, divisionem, legatum, dationem in solutum, dotis dationem, societatem; vel est ipsa lex (cessio *necessaria*). Actio-num cessionem imponit lex: 1^o cum quis debet rei alicuius praestationem, nec amplius rem habet sed solum actionem ad illam recuperandam; 2^o cum quis gerendo personam alterius actiones sibi comparavit; 3^o cum quis rei restitutionem non amplius recipere potest, ideoque rei aestimationem consequitur; 4^o cum creditor ab uno ex pluribus correis solidum accepit.

548. *Effectus cessionis* considerari possunt vel inter cedentem et cessionarium vel respectu debitoris.

a) *Inter cedentem et cessionarium*. Cum inter hos intercedat alienatio, haec subiacet generalibus principiis de alienationibus. Ergo: 1^o creditor cedens debet procurare cessionario beneficium crediti cum accessoriis, nec quidquam facere potest, ex quo damnum cessionario hac in re obvenire possit; secus tenetur de damno et in id quod interest (7). 2^o Quoad cautionem, distinguere oportet. Si cessio facta sit titulo

(3) Arg. D. 48, 1. de publ. ind. L. 13. § 1.; Arg. D. 47, 23. de popul. act. L. 5.

(4) Arg. D. 37, 6. de collat. L. 2. § 4.

(5) C. 8, 37. de litig. L. 2.

(6) Nov. 72. cap. 5. pr.

(7) D. h. t. L. 23. pr. et § 1. L. 6.

oneroso, cedens debet praestare cautionem de existentia et de efficacia crediti atque etiam de quantitate si haec in contractu expressa fuerit (8). Sed non debet respondere de eo quod debitor sit solvendo; haec est quaestio facti, quam cessionarius, cuius interest, examinare prudenter debet antequam contrahat. Cedens dat, ut dicitur, *nomen verum*, sed non respondet de eo quod sit *nomen bonum*. Si cessio facta est titulo lucrativo, cedens nullam debet cautionem cessionario (9); semper tamen dolus excludendus est (10).

b) *Effectus cessionis respectu debitoris*: 1° stricte loquendo et vi cessionis nulla inter cessionarium et debitorem cessum relatio intercedit, quia cessionis actus respectu debitoris est *res inter alios acta*: quare debitor conservat ius solutionem peragendi apud cedentem, qua a debito liberetur nec amplius teneatur erga cessionarium debiti solutionem postulantem (11). Sed cessionarius potest debitorem sibi constringere per cessionis denuntiationem, qua posita debitor cessionario debet solutionem facere nec se liberat per solutionem cedenti factam (12). Denuntiationi aequiparatur recognitio cessionis per debitorem facta, quae denuntiationem reddit superfluum.

2° In genere cessionarius succedit in omnia iura cedentis, sive principalia sive accessoria (13). Exceptio facta est ab imperatore Anastasio pro casu cessionis crediti, cuius obiectum esset pecunia; tunc enim debitor non potest cogi ad solvendum ultra pretium cessionis a cessionario cedenti exhibitum in contractu emptionis-venditionis cum usuris a die solutionis peractae (14). Cuius constitutionis scopus fuit impedire abusum, qui percubuerat turpiter negotiandi in cessionibus; plurimi enim minimo pretio curabant sibi cedi creditorum

(8) D. h. t. L. 4. 5.

(9) D. 30. de legat. I. L. 75. § 1. 2.

(10) Arg. C. 5, 12. de iure dot. L. 1. i. f.

(11) C. 4, 35. mand. L. 3.

(12) Arg. C. 8, 42. de novat. L. 3.

(13) D. h. t. L. 23. pr. L. 6.

(14) C. 4, 35. mand. L. 22.

actiones, ut deinde debitores iugularent integra credita ex-
cutientes et maxima lucra comparantes. Quare lex locum non
habet in casu cessionis titulo gratuito factae, modo serio et
non simulate fuerit facta, nec etiam in cessione facta titulo
oneroso, praeter emptionem-venditionem aut si per emptio-
nem-venditionem non turpis lucri causa (15).

Ex alia parte debitor cessionario opponere potest exce-
ptiones, quas contra cedentem sibi comparasset ante cessionis
denuntiationem, itemque exceptiones quae oriantur ex ipsa
cessionarii persona (16). Sed non potest uti exceptionibus,
quas contra cedentem acquisiverit post cessionis denuntia-
tionem, quae ipsum iam cum cessionario ligat.

(15) C. eod. L. 22. L. 23. pr. et § 1.

(16) D. 2, 15. de transact. L. 17.; Arg. D. 16, 2. de compens.
L. 18. pr.

LIBER VI.

DE IURE HAEREDITARIO

SECTIO I. — *De haereditate.*

549. Praenotiones. Haereditas civilis poterat deferri vel per testamentum (*haereditas testamentaria, haeres ex testamento, secundum tabulas testamenti*), vel per legem (*haereditas legitima, haeres legitimus*). Idem dicendum est de *bonorum possessione* praetoria (B. P. *secundum tabulas*, B. P. *ab intestato*). Nonnumquam tam iure civili quam praetorio defertur *contra testamenti tabulas*.

CAPUT I.

DE TESTAMENTARIA SUCCESSIONE

550. *Haereditas est successio in omne ius quod defunctus habuit.* Est ergo successio *universalis*, vi cuius haeres personam defuncti repraesentat et continuat, in omne ius ipsius transit, ideoque cum iuribus etiam obligationes defuncti in haeridem devolvuntur. Qui non vocatur ad successionem universalem sed ad partem bonorum, is non est haeres sed legatarius. Solebant Romani haereditatem per unitatem monetariam designare (*as*), eamque dividebant in duodecim uncias, quare unaquaeque uncia duodecimam haereditatis partem repraesentabat: inde loquutiones *haeres ex asse*, *haeres ex sextante*, *ex quincunce*, *ex dodrante* etc. Quodsi necesse erat, etiam dividebatur in vigintiquatuor vel trigintaquatuor partes aequales: in primo casu dicebatur *dupondium*, in altero *tripondium*. — Successio autem debet esse immediata seu directa, quatenus inter defunctum et successorem nulla adsit persona media. Quare successio debet incipere ab ipso momento, quo ille, de cuius haereditate agitur, vita decessit,

secus perseverantia seu continuïtas personae defuncti concipi nequit. Quoniam autem haeres revera non succedit, nisi momento aditae sive acquisitae haereditatis; quousque haereditas non fuerit acquisita existere debet quaedam alia persona fictitia, super quam censeatur perseverantia personae defuncti eo tempore quod intercedit inter eius mortem et existentiam haeredis. Et revera romani hanc personam fictitiam admiserunt, quae illico et immediate in defuncti locum subingrediens, eiusdem iuridicae personae formam indueret. Hinc *haereditas iacens*, cuius natura est, ut defuncti locum suscipiat eiusque personae vice fungatur et veluti domina rerum haereditariarum interim habeatur. Sed statim ac haeres adiit haereditatem, haec iacentis haereditatis figura disparet ipseque haeres censetur successisse defuncto ab ipso momento mortis.

551. *Delatio et acquisitio haereditatis.* Ad hoc ut is, qui in locum defuncti succedit, fiat actu haeres et haereditatem obtineat, requiritur quod haereditas sit 1° *delata*; 2° deinde vero *adita*. *Delata* dicitur haereditas, quam quis adeundo consequi potest. *Adita* dicitur haereditas, quam incipit haeres habere in suo patrimonio. *Delatio* ergo est titulus acquisitionis; *aditio* modus acquisitionis. Qui vocatur ad haereditatem, ipsa delata, ius habet ad haereditatem, quamvis actu qualitatem haeredis nondum habet; fit haeres adita haereditate. Inde iure veteri, si quis vocatus ad haereditatem, ante aditionem decederet, nihil transmittebant ad haeredes.

Delatio praesupponit mortem eius, de cuius haereditate agitur, *viventis enim nulla haereditas* (1), et generatim habetur ipso momento mortis illius. Nihilominus: 1° in casu substitutionis, non defertur haereditas substituto, nisi deficiente haerede primi gradus (2); 2° in casu institutionis sub conditione, nonnisi verificata conditione (3); 3° cum vigerent leges caducariae (*Lex Iulia et Papia Poppaea*) non defereba-

(1) D. 50, 16. de V. S. L. 51. iunct. D. 29, 2. de A. v. O. H. L. 27.

(2) D. (29, 2.) L. 70. pr.

(3) D. eod. L. 13. pr.

tur haereditas, nisi a momento aperitionis tabularum, sed a Iustiniano delatio iterum relata est ad mortem testatoris (4).

Haereditas deferebatur aut *testamento* aut *lege*, delatio *testamentaria* vel *legitima* (5). Quinam ex duobus modis fuerit prius introductus disputatur; sed certe in iure potior habetur testamentaria delatio et quamdiu potest ex testamento adiri haereditas, non deferitur ab intestato nec romanis placuit intestatos decedere (6). Praeterea non admittebatur concursus duplicis modi deferendi, cum successio testamentaria omnino excluderet legitimam, inde effatum: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (7): si testator pro parte bonorum haeredem instituisset, nihilominus hic universalem successionem habebat exclusis consanguineis (8).

Per contractus seu conventiones haereditas deferri non potest, sed pacta successoria de haereditate viventis reproban-
tur, vel quia sunt contra morum honestatem continentque votum captandae mortis illius, de cuius haereditate agitur; vel quia testamentorum forma iuris publici est, cui privatis pactionibus derogari nequit (9).

Aditio, ut dictum est, erat acquisitio haereditatis, per quam haec ingrediebatur in proprium patrimonium. Requirit actum acceptationis (10). Exceptio dabatur pro filiis sub potestate

(4) C. 6, 51. de cad. toll. L. un. § 1.

(5) Inst. 2, 9. per quas pers. nob. acqu. § 6. Si in certis casibus dabatur delatio *contra tabulas*, haec successio in re erat successio *legitima* siye ex legis dispositione.

(6) D. 29, 2. de A. v. O. H. L. 39.

(7) Inst. 2, 14. de haered. inst. § 5. In danda huius principii explicatione iuridica multum inter se dissident interpretes.

(8) Quodsi testator instituisset haeredem pro parte, reliqua reliquisset consanguineis seu haeredibus ab intestato, haec altera dispositio haberetur etiam pro institutione haeredis in favorem propinquorum, cum haec non necessario fieri debeat determinatis verbis saltem iure novo. Arg. D. 28, 5. de haered. inst. L. 85. Praeterea illa regula habebat exceptionem in testamento militis, in nominatione tutorum pro propriis filiis quam lex supplebat, in legatis, fideicommissis et libertatis donationibus, quae saepe servabantur licet testamentum rescissum aut de-
stitutum fuisset. Cfr. C. III, 14. et III, 28. et Nov. 115.

(9) C. 2, 3. de pact. L. 15.; C. 5, 14. de pact. conv. L. 5.

(10) Inst. 2, 19. de haered. qualit. et differ. § 7.

constitutis et pro servis, quos dominus haeredes instituisset, quibus haereditas pleno iure acquirebatur independenter ab acceptatione ex legis dispositione; ideoque in ipsis delatio et aditio confundebantur (11).

CAPUT II.

DE HAEREDITATE PRAETORIA

Inst. 3, 9, de bonorum possess. — D. 37, 1. eod.

552. Notio. Cum in familia romana ordinanda antiquum ius sectaretur conceptum quemdam rigidum et exclusivum in civili agnatione potius quam in propinquitate sanguinis fundatum, similem rigorem habuit in ordinanda haereditaria successione. Nam ex una parte paterfamilias testandi libertatem habuit nullis limitibus circumscriptam; ex alia parte, ille conceptus familiae, cui fundamentum ponebatur non vinculum naturae, sed vinculum iuris ex patria potestate constitutum, contra aequitatem naturalem excludebat ab intestata successione eos omnes, qui ad civilem familiam non pertinebant, tametsi ad naturalem familiam pertinerent essentque sanguine maxime propinqui. Quare ius praetorium, cuius munus erat ius civile confirmare, supplere et emendare, cum iam mores essent commutati et rigida conceptio iuris antiqui paulatim progrediente civilitate desereretur, gradatim ordinavit novum systema successionis. Medium ad hoc invenit Praetor in possessione bonorum haereditariorum, quam in controversiis circa haereditatem solitus erat adiudicare illi ex litigantibus, qui in testamento secundum formam extrinsecam valido (*tabulae septem signis signatae*) nominatus esset haeres, vel in defectu testamenti ei, qui secundum ius civile videretur esse haeres. Hoc casu dicebatur dari *iuris civilis confirmandi gratia*. Inde possessor, personam defuncti interim gerens, poterat uti *interdicto quorum bonorum* et actionibus fictitiis, quibus mediis alteram partem

(11) *Inst. eod. § 1. 2.*

obligabat ad sustinendas partes actoris minus favorabiles in iudicio petitorio, et si actor deseruisset actionem poterat obtinere haereditatem per usucapionem (*usucapio pro haerede*). (Inst. 3, 10, de bonor. poss. pr. *Gaius* III, 34).

Coepit ergo praetor concedere possessionem bonorum haereditariorum iis, quos ad successionem vocatos volebat, quamvis haeredes iure civili non essent. Hoc primum fecit dando bonorum possessionem cognatis in defectu haeredis civilis (*iuris civilis supplendi gratia*): deinde etiam existente haerede civili v. gr. in favorem filii emancipati (*iuris civilis emendandi gratia*). (Inst. 1. c. *Gaius* III. 26. 27. 30.). — Quae bonorum possessio, ultimis reipublicae saeculis orta, sub imperio assumpsit characterem systematis successionis, quod similitudinem habet cum haereditate civili, et definiiri potest: *successio haereditaria in vim edicti praetori delata* vel cum Ulpiano (D. 37, 1. de bonor. poss. L. 3. § 2.): *ius persequendi retinendique patrimonii, sive rei, quae cuiusque, cum moritur, fuit*.

553. *Bonorum possessio* — a) sicut haereditas potest esse *testamentaria* vel *ab intestato*. Prima defertur quando adest testamentum, et prout data fuerit secundum aut contra tenorem testamenti dicitur *secundum tabulas* vel *contra tabulas*. Altera defertur cum deficit testamentum. — b) bonorum possessor subintrat in integrum patrimonium defuncti, et sicut haeres succedit in iura et sustinet debita: sed respectivae actiones conceduntur solum ut actiones *utiles* et dicuntur *fictitiae actiones*. (*Gaius* III. 81. IV. 34.; *Ulpianus* 28, 12.) — c) cum unus ex iis, quibus coniunctim defertur *bonorum possessio*, non vult acceptare, ceteri sicut in haereditate ius habent accrescendi (D. 37, 1. L. 3. § 9. L. 4. 5.; D. 37, 4. L. 12. pr.) — d) bonorum possessor habebat actionem contra possidentem pro haerede vel pro possessore. (D. 5, 5) — e) bonorum possessio, cicut haereditas, locum habere potest, tametsi in successione non comprehendantur *res corporales* (D. 37, 1. L. 1. § 3.).

Plures tamen inter institutum haereditarium *civile* et *praetorium* intercedunt differentiae: 1^o) iure anteiusinianeo acquirebatur per haereditatem dominium quiritarium bonorum; per bonorum possessionem dominium dumtaxat bonitarium.

quod in quiritarium mutari poterat per usucapionem (*Gaius* III. 80). Quod discrimen iure Iustiniano cum distinctione duplicis dominii disparuit; 2^o haereditas nonnunquam acquiritur pleno iure, per ipsam legem, et in omni casu sufficit simplex declaratio voluntatis acceptandi: at bonorum possessio nunquam pleno iure acquiritur, sed semper requiritur petitio apud magistratum proponenda intra certum terminum pro varietate casuum diversum (C. 6, 9. L. 9.); 3^o bonorum possessori competit interdictum *quorum bonorum* ad obtinendam possessionem rerum corporalium in successione comprehensarum contra quemcumque possidentem *pro haerede* vel *pro possessore*: tale remedium ad haereditatem ut talem non pertinet (*Gaius* IV. 144.; D, 43, 2. de int. quor. bon.; C. 8. 2. eod.).

554. Divisio. *Bonorum possessio* distingui potest vel per respectum ad personam cui conceditur, vel per respectum ad modum concessionis, vel habita ratione efficaciae.

1^o Relate ad personas dicitur *utilis* vel *necessaria*, prout is qui eam obtinet posset aut non posset petere haereditatem ex iure civili. In primo casu etiam haeredi civili tribuitur illud commodum ut possit uti interdicto *quorum bonorum* (*Gaius* III. 34).

2^o Ex modo quo conceditur bonorum possessio potest esse *edictalis* vel *decretalis*. Prima conceditur petenti in vim generalis edicti; conceditur *de plano* sine causae cognitione (1). Altera conceditur speciali magistratus decreto post *causae cognitionem* seu inquisitionem de factis et de qualitatibus a petente allegatis. Ad hanc classem iure novo (2) pertinet: 1^o quae datur impuberi, quem quis velit ab haereditate excludere contestando ipsi qualitatem filii legitimi defuncti (*bonorum possessio carboniana*) (3); 2^o quae datur curatori de-

(1) Cfr. D. 38, 15. si quis ord. L. 2. § 1.; D. 37, 1. de bon. poss. L. 3. § 8.; D. 50, 17, de R. I. L. 71.; C. 8, 2. quor. bon. L. 1.

(2) Alii casus iuris antiqui devenerunt edictales. Cfr. h. t. D. (38, 4). L. 3. § 9. L. 4, 5. 6. § 4. L. 14. § 1. L. 17.

(3) D. 37, 10. de carbon. ed. L. 3. § 5.

mentis pro eo cuius curam gerit, vel. si ipse non petit, iis ad quos in defectu dementis deferretur haereditas (4).

3^o Relate ad efficaciam bonorum possessio potest esse cum effectu vel sine effectu (*cum re, sine re*) (5). *Cum re* habetur, cum is qui eam obtinet non potest ab alio evinci, ita ut gaudeat iure irrevocabili. *Sine re* habetur, cum bonorum possessio evinci potest ad haerede civili (6). — Bonorum possessio *sine re* possessori tribuit interim fructus, sicut illos percipit qui bona fide haereditatem possidet; praeterea ipsi competit *petitio haereditatis* contra quemcumque, qui bona haereditaria possideat quin sit haeres; insuper ipsi prodest interdictum *quorum bonorum* contra quemcumque, qui meliorem possessionem non habeat, non excluso haerede (7). Bonorum possessio *cum re* datur in casibus, in quibus fuit introducta iuris civilis emendandi causa v. gr. *bonorum possessio contra tabulas* filio emancipato concessa (8: in ceteris casibus generatim est *sine re*).

555. *Iure Iustiniano* bonorum possessio non amplius habetur, ut systema successionis per se stans, cum principia, quibus imitebatur, iam praevaluerant in haereditate civili. Quae ratio videbatur postulare plenam fusionem utriusque instituti et consequentem inde plenam abolitionem possessionis bonorum tamquam instituti iuridici distincti. Sed *plena* illa abolitio a Iustiniano non fuit facta, sed retenta est bonorum possessio ad complendum et in nonnullis immutandum systema haereditarium. Ita: 1^o coniux supervivens succedit ab intestato in defectu propinquorum: *bonorum possessio unde vir et uxor* (C. 4. p. 6, 18. L. un.); 2^o sustinetur testamentum illius, qui temporanea incapacitate afficitur inter confectionem

(4) D. 37, 3. de bon. poss. fur. L. 1.; D. 38, 17. ad S. C. Tert. L. 2. § 11.

(5) *Gaius* III, 35.; *Ulpianus* 28, 13.

(6) *Gaius* II, 120. 148. III. 35. 37.; D. 37, 11. de bon. pos. sec. tab. L. 11. § 2. — Videlicet si unus vocabatur ad haereditatem, alius ad bonorum possessionem, habebatur conflictus, in quo unus vincebat, alter cedere debebat; qui cedere debebat erat *sine re*, alter *cum re*.

(7) *Gaius* IV. 144.; Inst. 4, 15. de interd. § 3.

(8) D. 37, 4. de bon. pos. contr. tabul. L. 13. pr.

testamenti et mortem: *bonorum possessio secundum tabulas*. (Inst. 2, 17. q. mod. test. inf. § 6.); 3° tutor impuberis et curator dementis seu furiosi acquirunt pro incapaci bonorum possessionem; 4° qui affert testamentum externa forma legitimum obtinet provisoriam bonorum possessionem (C. 6, 33. de ed. divi Hadr. toll. L. 3.).

CAPUT III.

DE HAEREDITATE TESTAMENTARIA

556. Notio. *Testamentum sensu iuris romani est nostrae voluntatis suprema contestatio in id solemniter facta, ut quem volumus, post mortem nostram habeamus haeredem* (1). Est imprimis actus ultimae voluntatis, cuius effectus subordinantur eventui secutae mortis; et ab aliis actibus ultimae voluntatis distinguitur per haeredis institutionem, sine qua testamentum non tenet et solum poterit valere ut codicillus si disponens voluit hunc characterem tribuere. Si haeredis institutio est nulla vel infirmatur, totum testamentum est nullum vel infirmum nec ulla eius dispositio producit effectum. Praeter haeredis institutionem testamentum potest continere substitutiones, exhaeredationes, legata et fideicommissa, nominationes tutorum et curatorum, et manumissiones servorum.

(1) *Modestinus testamentum definit: « voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem fieri velit »* D. 28, 1. qui test. L. 1. — *Ulpianus vero* (20, 1.); « *mentis nostrae iusta contestatio in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat* ». Quae definitiones merito carpi solent, quia haeredis mentionem non continent, cuius institutio est essentialis testamento romano, per quam difert a codicillo. — *Paulus: « Iulianus ait, tabulas testamenti non intelligi, quibus haeres scriptus non est, et magis codicilli quam testamentum existimandae sunt »*. D. 29, 7. de iure codic. L. 20). — *Ulpianus* (24, 15.); « *Vis et potestas testamenti ab haeredis institutione incipit* ». — *Modestinus: « nam sine haeredis institutione nihil in testamento scriptum valet »*. D. 28, 6. de vulg. L. 1. § 3. — *Iustinianus: « testamenta vim ex institutione haeredis accipiunt, et ob id veluti caput et fundamentum intelligitur totius testamenti haeredis institutio »*. Inst. 2, 20. de leg. § 34.

Essentialia elementa ad valorem testamenti requisita sunt: capacitas testandi, observantia formae praescriptae. institutio haeredis.

§ 1. DE CAPACITATE TESTANDI.

Inst. 2, 12. quibus non est permiss. fac. test.

De 28, 1. qui testam. fac. pos.

C. 6, 22. qui test. fac. poss. vel non.

557. Capacitas testandi, *testamenti factio activa* (2) duo complectitur, capacitem *de iure* et capacitem *de facto*. Prima consistit in possessione qualitatum iure positivo requisitarum (*capacitas civilis*); altera consistit in naturali potestate manifestandi propriam voluntatem (*capacitas naturalis*).

Capacitas *civilis* supponit possessionem status civilis seu libertatem et civitatem romanam et independentiam domesticam seu capacitem proprii patrimonii. Unde incapaces sunt: 1^o servi, etiam veteres Latini-Iuniani et Dediticii (3); 2^o peregrini, quibus aequiparantur qui passi sunt maximam vel mediam capitis diminutionem (4); 3^o quicumque erant in alterius potestate, manu vel mancipio, et non obstante introductione peculiorum etiam iure novo filiifamilias generatim capacitem testandi non habuerunt excepto peculio castrensi et quasi-castrensi (5); 4^o sunt praeterea cives, quibus

(2) Non solum eum, qui est capax testandi, dicebant romani habere *testamenti factionem*, sed etiam eum, qui haeres institui, legato donari in testamento potest. Forte quia antiquiori iure testamentum habebat speciem venditionis proprii patrimonii a testatore haeredi factae, ideoque uterque in illo actu intervenire debuit. Quare interpretes distinxerunt testamenti factionem *activam* et *passivam*.

(3) *Servi publici* seu ad proprietatem populi pertinentes poterant testari de dimidia parte peculii. *Ulpianus* XX, 16. Iure Iustiniano, abolita distinctione inter varia genera manumissorum, omnibus permissum fuit testari.

(4) Sed peregrini qui habebant aliquam patriam poterant iuxta propriam ipsius legem testari. *Ulpianus* XX, 14.

(5) *Ulpianus* XX, 10.; *Gaius* II, 106.; *Inst. h. t. pr.*; *D. h. t. L. 6. pr. L. 19.*; *C. h. t. L. 11.*; *C. 6, 61. L. 8. § 5.* Foeminae, cessante seu penitus abolita tutela muliebri, tandem plenum faciendi testamenti ius obtinuerunt.

poenae titulo negatur testamentifactio, v. gr. qui sibi mortem intulerunt ut se subtraherent poenae delicti capitalis, damnati ob delictum libelli famosi, apostatae et plures haereticorum species (6), qui vetitas et incertas nuptias contraxissent (C. 5. 5. L. 6).

Incapacitas *naturalis* agnoscitur in impuberibus (7), in furiosis nisi habeant lucida intervalla, in prodigis interdictis, in sordomutis a nativitate vel infantia, in mutis qui scribere nesciant (C. h. t. L. 10. pr. et § 1.).

Quoad *tempus*, quo debet existere capacitas: 1° iuris capacitas a testatore haberi debet tempore confectionis testamenti et tempore mortis. Si capacitas non habetur tempore confectionis, omnino nullum est testamentum: momento autem mortis debet existere, quia est actus ultimae voluntatis (8). — Sed non est necesse ut capacitas sit continua toto tempore intermedio inter confectionem et mortem, saltem iure praetorio, quo iure, si capacitas amissa ante mortem fuerit recuperata, haeredi instituto datur *bonorum possessio secundum tabulas* (9). — Sed capacitas facti debet tantum existere tempore confectionis testamenti, nec incapacitas superveniens testamentum inficit (10).

§ 2. DE FORMA TESTAMENTI

Inst. 2, 10. de test. ord. — D. 28. 1. qui test. fac. poss.

C. 6, 23. de test. et quem. ordinent.

558. 1. Historia. Primis saeculis testamentum fieri debuit coram populo, tempore pacis *in calatis comitiis*, tempore belli coram exercitu, *in procintu* (*Gaius* II. 101.). Quae forma testandi erat parum practica, tum propter eius publicitatem, tum quia comitia bis tantum in anno cogeantur: ideoque illa forma in destitutionem abiit (*Gaius* II. 101. 103.).

(6) C. 1, 7. de apost. L. 2, 4.; C. 1, 5. de haeret. et manich. L. 4.

(7) Inst. h. t. § 1.

(8) D. h. t. L. 19.; Inst. 2, 17. quib. mod. test. inf. § 4.

(9) Inst. eod. § 6.

(10) Inst. eod. § 1. 2. 3.

Cum lege XII Tabularum (11) apparuit nova forma testamenti fundata in *mancipatione*, testamentum per *aes et libram* (*Gaius* II. 102.). — Initio testator familiam suam i. e. suum patrimonium vendebat, *mancipio dabat*, ei quem suum haeredem volebat, qui idcirco dicebatur *familiae emptor*: venditio fiebat per mancipationem et testator haeredi imponebat, quid cuique post mortem suam dari vellet (*Gaius* II. 102. 103.). — Haec prima forma paulatim cessit locum formae liberiori. Testator, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, quinque testibus civibus romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserat, mancipabat alicui *dicis gratia* (i. e. iuxta exigentiam ritus mancipationis) familiam suam. In qua re familiae emptor his verbis utebatur: « *familiam pecuniamque tuam endo mandatela, tutela custodelaque mea ex iure quiritium esse aio, eaque, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra, esto mihi empti* ». Deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori veluti pretii loco. Deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: « *haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote* ». Et hoc dicitur *nuncupatio* (*Gaius* II. 104.: *Ulpianus* XX, 2. 9). Deinde testes tabulas testamenti signabant annulo adhibito seu sigillum apponebant, quo testamentum manebat clausum ideoque secretum (*Paulus* IV. 6, 1.), deinde adscribebant (*superscriptio*) seu signatam declarationem adscribebant, qua testabantur se sigillasse testamentum (12).

- (11) Duo principia de hac re continebat legislatio Decemvralis:
 1^o « *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupasset, ita ius esto* »
 2^o « *pater familias uti legasset super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* ».

(12) Qua liberiori forma facta est distinctio inter familiae emptorem, dicis gratia adhibitum et ipsum haeredem, qui ita potuit manere occultus arcendo periculum insidiarum contra haeredem et testatorem; praesertim quia cum forma nuncupativa generica coniuncta est forma scripta seu exaratio dispositionum in tabulis (*Gaius* II. 103. 104.). Sub hac forma testamentum duobus elementis constabat, nuncupativo et scripto. Quae duo elementa plus minusve in alias testamentarias formas irrepserunt, quas aetatum progressu legislatores induxerunt.

Iuxta testamentum iuris civilis, Praetor induxit novam testamenti formam: permissa omissione inutilis formalitatis mancipationis, libripendi et fictitio-emptori substituit duos testes et ita habiti sunt septem testes, *testamentum septem signis signatum*, cui adiudicavit *bonorum possessionem secundum tabulas* (Ulpianus 28, 6.). Quae *bonorum possessio* diu mansit *sine re*, ideoque ad testamentum praetorium non fiebat recursus nisi cum non haberetur testamentum civile nec haeres ab intestato secundum ius civile. Sed constitutione Marci Aurelii factum est, ut possessio esset *cum re*, saltem respectu haeredis ab intestato (Gaius II. 119. 120.); quo factum est, ut testamentum praetorium plenam haberet efficaciam in defectu testamenti civilis, quamvis huic cedere deberet.

Tandem Theodosius II definitiva ratione ordinavit formam testamenti romani (C. h. t. L. 21.). In genere adoptavit formam praetoriam, additis subscriptionibus testatoris et testium in interiore parte testamenti.

559. II. De forma testamenti privati: 1° requiruntur septem testes capaces et rogati seu admoniti de actu, cui interesse debent (13). Pro rusticanis seu ruri habitantibus, si septem testes litterati reperiri non possunt, sufficiunt quinque (C. h. t. L. 31, § 2).

2° Requiritur unitas contextus; seu omnia quae ad testamentum pertinent debent fieri praesentibus testibus iisdem tempore et loco atque eodem actu, ita ut nullum aliud negotium testamento extraneum intermisceatur nec testamentarium negotium intermissionibus interrumpatur, nisi iis quae ad corporis necessitatem curamque aut testatoris aut testium pertinent nec longius expostulant temporis spatium (14).

3° Testator ipse per se vel per alium potest antecederet redigere suum testamentum (C. h. t. L. 21. § 2.); dein, scripturam manu tenens seu certo modo testibus praesentibus demonstrans, debet affirmare suum hoc esse testamentum (C. eod. L. 21. pr.). Ipse testator debet testamentum subscribere, aut si litteras nesciat vel aliter morbo impeditus sub-

(13) Inst. h. t. § 3. 6. 9. 10. 11.; D. h. t. L. 21. § 2.

(14) Inst. h. t. § 3.; D. h. t. L. 21. § 3.; C. h. t. L. 9. 21. § 2. 31.

scribere nequeat, debet octavum testem qui eius nomine subscribat adhibere: si tamen testamentum manu testatoris per totum fuisset exaratum, idque testamento esset expressum, subscriptio testatoris aut alterius pro eo non requiritur (15). — In firmitatem declarationis testatoris testes debent subscribere et ipsum testamentum obsignare, sive propriis ipsorum sive alienis sigillis atque adscribere seu iuxta signa apponere proprium nomen (16). Si testator velit occultare testibus quod in testamento continetur, potest ipsum clausum testibus praesentare cum sua subscriptione ad hoc ut ipsi externe illud subscribant et subsignent (C. h. t. L. 21. pr.) — Quoad testamenta ruri facta, si testes litterati ibidem reperiri non possint, debet subsignari ab illiteratis, testamentum coram ipsis debet ex integro recitari et post mortem testatoris iidem testes sub iuramento debent illud recognoscere (C. h. t. L. 31.).

4° Iure romano etiam sine scriptis, testamentum fieri poterat, testamentum *nuncupativum*. Testator palam, viva voce, lingua testibus nota, coram septem testibus civibus romanis puberibus specialiter rogatis simul praesentibus ac testatorem videntibus, unico contextu, suam voluntatem debebat declarare. (Inst. h. t. § 14.; D. h. t. L. 21. pr. et § 2.; C. h. t. L. 26.; Nov. Theod. 16, 8.).

560. III. De testamentis publicis. Duplex erat forma testamenti publici: *testamentum Principi oblatum*, *testamentum iudiciale*. Satis erat pro primo scriptura Principi oblata, in qua voluntas propria designabatur circa destinationem patrimonii post mortem: pro altero satis erat scriptura insinuata apud acta cuiusvis iudicis seu magistratus. Alia solemnitas non requirebatur, quia scripturae tamquam publico documento fides erat adhibenda et ipsa consignatio in archivis publicis sufficiens erat veritatis argumentum. (Cfr. C. h. t. L. 19.; Nov. Valent. tit. 20. de test. L. 1. pr. § 1. 2.; *Glueck* vol. 34. p. 169. sq.).

(15) Inst. h. t. § 3.; C. h. t. L. 21. § 1. L. 28. § 1.

(16) D. h. t. L. 30.; C. h. t. L. 21. § 2.

561. IV. De nonnullis extraordinariis testamentis. *a) testamentum coeci* ordinavit Iustinianus atque praeter septem testes requisivit tabularium vel octavum testem. Coecus coram hisce octo personis suam declarat voluntatem vel scripturam proferendo vel oraliter declarando: in hoc altero casu tabularius scriptis mandat declarationem oralem. Deinde sive scriptura a testatore prolata sive declaratio a tabulario in scripturam redacta debet subscribi et subsignari per illas octo personas. (C. 6, 22. qui test. fac. poss. L. 8. pr. § 1. 2.).

b) Testamentum favore descendentium. Si quis tantum in favorem descendentium vellet testari, poterat id facere actu privato. Satis erat, ut testator propria manu datam scriberet, nomina descendentium institutorum et quotam partem, quam cuique designaret, integris litteris non numerorum signis describeret. (Novella 107. cap. 1.).

§ 3. DE HAEREDIS INSTITUTIONE

Inst. 2, 14. de haered. instdis. — D. 28, 5. eod. — C. 6, 24. eod.

562. I. Generalia principia. 1º Antiquo iure romano haeredis institutio debuit fieri *initio testamenti et verbis solemnibus* (17): haec est vis illius effati: *haeredis institutio est caput et fundamentum testamenti*. Qui rigor pedetentim emollitus fuit. Iam Gaii et Ulpiani aetate haeredis institutio rigore verborum non adeo constringebatur, quamvis antiqui rigoris reliquiae adhuc superessent (18). Sed Imp. Constantius quibuslibet verbis eam fieri permisit, modo testatoris intentio clare constaret, quin necesse esset adhibere verbum *institutio* vel *haeres*; satis erat ut constaret intentio directum successorem sibi scribendi vel nuncupandi (19). — Iustinianus sustulit praeterea necessitatem praeponendi initio testamenti institutionem haeredis, adeo ut iam nullus requiratur scripturae vel nuncupationis ordo, et testator possit quomodocumque vo-

(17) *Gaius* II. 116. 117. Formula certa haec erat: *Titius haeres esto, vel Titium haeredem esse iubeo*.

(18) *Gaius* II. 117.; *Ulpianus* 21, 1.; *Africanus* in D. h. t. L. 48.

(19) C. 6, 23. de testam. L. 15.; D. h. t. L. 1. § 5-7. L. 85.

luntatem suam, clare tamen, manifestare ac haeredis personam sive ex nomine sive ex alia certa designatione demonstrare (20).

2º Magis quam in conventionibus institutio haeredis debet esse prorsus libera atque scienter facta. Quare vis (21), error (22) et dolus (23), cum sunt causa determinans testamentum, ita ut illis non existentibus institutio facta non esset, institutionem reddunt nullam, non mere rescindibilem. — Ad praeveniendas fraudes sub Tiberio senatusconsultum Libonianum irritavit institutiones factas in favorem eorum, qui ad scribenda testamenta etiam dictante testatore adhiberentur, nec necesse est fraudem probari. (C. 9, 23. de his qui sibi adscr. in test. L. 3.).

3º Institutio large interpretanda est, quia agitur de actu liberalitatis ipsius testatoris: *in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur* (D. 50, 17. de R. I. L. 12.). Ergo in dubio pro instituto pronuntiandum est, sive agatur de valore sive de extensione institutionis. (Inst. h. t. § 9. 10.; Arg. D. 7, 8. de usu et habit. L. 12. § 1. 2.).

563. II. De institutione sub conditione, sub modo, ad diem (D. 28, 7. de cond. inst. — C. 6, 25. eod.). Nemo potest institui sub conditione *resolutiva* vel *ad diem*; haeres enim debet praesentare personam defuncti, quam qualitatem nequit habere aliquo dumtaxat tempore, sed *semel haeres semper haeres* (24). At adiectione diei seu termini certi institutio non

(20) D. h. t. L. 9. § 8. 9. 10. L. 77.

(21) D. 28, 1. qui test. fac. poss. L. 20. § 10.; C. 6, 34. si quis aliq. test. proh. v. coeg. L. 1. — Sunt qui tenent institutionem vi inductam tantum esse rescindibilem ad instantiam haeredis legitimi vel in praecedenti testamento instituti; sed immerito applicant actibus ultimae voluntatis principia, quae valent pro actibus inter vivos. Alii tenent institutionem non esse nullam, sed violentiae auctorem haereditatem ex indignitate perdere favore fisci: quod ius fisci iuris textibus non videtur probari. Cfr. *Glueck*, vol. 33. pag. 426. sq.

(22) D. h. t. L. 9. pr.; C. h. t. L. 4.; D. 35, 1. de condit. L. 72. § 6.

(23) Arg. C. (6, 34.) L. 1.

(24) Inst. h. t. § 9. Dies tamen, qui apponi nequit, est *dies certus*, sive ut terminus *a quo*, (*ex die*) v. gr. post quinquennium mortis meae

vitiatur, sed habetur pro non adiecto et perinde est ac si haeres pure institutus esset.

Conditio vero suspensiva apponi potest ac conditionem haeredis suspendit, eaque impleta institutio retrotrahitur ad tempus mortis testatoris (Inst. h. t. § 9.). Qua in re valent sequentes regulae: 1^o conditiones *impossibiles* et *turpes* habentur pro non adiectis, et institutio pure et absolute censetur facta (Inst. h. t. § 10.; D. h. t. L. 14.): corrigitur potius quam irritatur institutio ex principio quod voluntas testatoris large est interpretanda. Nominatim inter turpes conditiones ponitur conditio non contrahendi matrimonium (D. 35, 1. de condit. L. 22.): at conditio non ducendi determinatam personam vel excludens novas nuptias, suum producebat effectum (D. eod. L. 64. pr.; Nov. 22. cap. 44.; Authent. ad C. 6, 40. L. 2.); — 2^o conditio partim potestativa ex parte instituti partim casualis habetur pro impleta, si institutus se exhibuit dispositum ad implendam conditionem et ex testamento vel eius circumstantiis pateat testatorem hanc voluntatem instituti respexisse (C. h. t. L. 1.). — 3^o Si quis institutus fuit sub conditione potestativa negativa, sc. ut se abstineat a certo quodam actu, et hic actus est talis naturae, ut quolibet vitae tempore poni possit; interim potest petere haereditatem, quia esset contra testatoris voluntatem illum per integram vitam excludere. Quodsi institutus conditionem non servet, tenetur bona haereditaria cum omni fructu percepto restituere, atque in securitatem restitutionis tenetur cautionem praestare, cautio *Muciana*, a Pontifice Q. Mucio Scaevola inventa (D. 35, 1. de condit. L. 7. pr. L. 73.).

Sub modo etiam institutio haeredis fieri potest, imponendo ipsi onus aliquid dandi vel praestandi aut faciendi (25). Exe-

haeres esto, sive ut terminus *ad quem*, (*in diem*, *ad diem*) v. gr. usque ad quinquennium post mortem meam haeres esto. At institutio haeredis fieri potest cum appositione termini a quo incerti, *dies incertus a quo*, v. gr. cum Caius morietur, Titius meus haeres esto, *quia dies incertus in testamento conditionem facit* (D. 35, 1. de cond. et dem. L. 33.), cum sit necessarium ut persona instituta vivat cum in haereditatem venire debeat.

(25) D. h. t. (28, 6.). L. 35. Plerumque modus versatur circa determinatum usum partis bonorum.

cutio modi est obligatoria, nisi agatur de modo impossibili aut turpi, qui habetur pro non adiecto (26), aut nisi agatur de modo imposito in solam utilitatem instituti, quo casu habetur pro mero consilio (27). Obligatio modi nonumquam imponitur indirecte a testatore per minitatem multae solvendae in casu non adimpleti modi (28); nonumquam urgetur ab eo in cuius utilitatem imponitur, quia iure novo modus in utilitatem tertii adscriptus aequivalet legato (29): nonumquam ab ipsa auctoritate publica sive per denegationem exercitii actionum ex haereditate derivantium sive directo usu mediorum coercionis (30).

564. III. De institutione sub falsa causa vel demonstratione.

1^o Principium generale est, *falsa causa non nocet* (31), sed interpretandum est voluntatem testatoris non fuisse reddere institutionem dependentem a reali existentia causae: quae regula cum eius fundamento cessat, si constet factum allegatum fuisse causam determinantem et finalem institutionis vel causa fuerit allegata sub forma conditionis.

2^o Generaliter quoque valet, *falsa demonstratio non nocet* relate ad designationem personae in haeredem institutae, modo de ipsa alias certo constet (32). Quodsi error est admissus in falsa designatione quotae partis haereditatis, error certo probatus emendari debet ad certo cognitam voluntatem testatoris (D. h. t. L. 9. § 2. 3.).

565. IV. De plurium haeredum institutione. Inst. § 4. de haer. inst. (2, 14) dicitur: « *Et unum hominem et plures in infinitum, quot quis velit, haeredes facere licet* ». Cum ergo plures hae-

(26) D. eod. L. 8. § 7.; D. 35, 1. de condit. L. 6. pr. L. 27. 37. 71. § 2.; D. de leg. I (30). L. 92. § 1. L. 131. § 5.; C. 6, 45. de his quae sub mod. L. 1.

(27) D. (35, 1.) L. 71. pr.; C. (6, 45.) L. 2.

(28) D. (35, 1.) L. 6. pr. L. 27.

(29) C. (6, 45.) L. 2.

(30) D. (35, 1.) L. 8. § 6. L. 92.; D. 5, 3. de haered. pet. L. 50. § 1.; D. 33, 1. de anni legat. L. 7.

(31) D. (35, 1.) L. 72. § 6.; C. tit. de falsa causa (6, 44.); D. 28, 5. de haered. inst. L. 92.

(32) D. (35, 1.) L. 33. pr.; C. 6, 23. de test. L. 4.

redes instituti fuerint, determinanda est pars, quae cuique competit et tres casus distinguere possunt.

1^o Si haeredes plures sunt instituti sine assignatione partium, omnes succedunt ex aequis partibus (33): illi tamen, qui coniunctim in eadem propositione ad haereditatem vocantur (*verbis coniuncti*), partem etiam coniunctim accipiunt inter ipsos distribuendam, quia plures personae ita nominatae pro una habentur (34).

2^o Quodsi testator omnes instituit *pro parte certa* seu determinando cuique partem, omnes succedunt pro parte sibi assignata, modo omnes partes simul sumptae exaequant as haereditarium. Quo casu si eadem pars relicta est pluribus (*re coniunctis*), haec distribuitur inter ipsos per capita (35): si vero plures instituti sunt pro eadem parte, sed alii eadem testatoris dispositione (*re et verbis coniuncti*), alii dispositionibus separatis (*re tantum coniuncti*), priores computantur pro una persona, sicut in praecedenti hypothese (36). — Si partes simul sumptae superant as haereditarium, proportionaliter reducuntur. E contra si partes simul sumptae as haereditarium non exhauriunt, singulorum partes cum proportionem augentur, nisi a testatore expresse, quod superesset fuisset reservatum seu relictum consanguineis, quia successio testamentaria non potest concurrere cum legitima (37).

3^o Si testator alios instituit pro parte certa, aliis partes non designavit, posterioribus tribuitur quod reliquum est successionis detractis partibus prioribus assignatis (38). Quodsi pro his qui instituti sunt *sine parte* nihil remaneat, tunc haereditas non supponitur divisa in duodecim uncias, sed in viginti quatuor (*dupondium*) vel triginta sex (*tripondium*),

(33) Inst. h. t. § 6.; D. h. t. L. 9, § 12.

(34) D. h. t. L. 11. L. 59. § 2., quo ultimo loco dicitur. « Titius haeres esto; Seius et Moevius haeredes sunt. Verum est quod Procule placet, duos semisses esse quorum alter coniunctis duobus datur ».

(35) D. h. t. L. 15. pr.

(36) D. 50, 16. de V. S. L. 142.

(37) Inst. h. t. § 7. i. f.

(38) Inst. h. t. § 6.

dimidia parte assignata haeredibus *pro certa parte* institutis, alia dimidia pro haeredibus *sine parte* institutis (39).

§ 4. DE PERSONIS QUAE INSTITUI POSSUNT.

Inst. 2, 12. quib. non est permiss. fac. test.

D. 28, 1. qui test. fac. poss. — C. 6, 22. qui... fac. poss. vel non.

566. I. *Praecipuae incapacitates* sunt sequentes:

1^o Cum requiratur existentia instituti, sunt incapaces qui tempore mortis testatoris nondum sunt concepti (40). Antiquum ius romanum erat severius et requirebat, quod iam esset *natus* tempore confectionis testamenti, et postumi dicebantur qui post illud tempus nati fuissent, quorum institutio erat nulla (41). Sed illud criterium fuit dimissum; atque imprimis coepit dari testatori facultas instituendi *postumos suos* i. e. eos qui per nativitatem deberent venire sub eius potestatem, tametsi post ipsius mortem nascerentur; deinde tempore Augusti lege *Iunia Velleia* declarata est valida institutio postumi sui nati dum adhuc testator viveret. Quoad postumos non suos, praetor ipsis tribuit bonorum possessionem secundum tabulas. Tandem Iustinianus validam habuit institutionem eius, qui tempore mortis testatoris esset conceptus (42).

2^o Servi sunt incapaces haereditatis, quia non sunt personae (43): si tamen servus haeres instituatur a proprio patrono, institutio valet, quia illa institutio est tacita manumissio (44). Quodsi instituatur servus alterius, eius patronus censetur in servo institutus, si ipse sit capax institutionis, et

(39) *Inst. h. t. § 6. 8.; D. h. t. L. 17. § 1. 5. L. 18. 20. § 1.*

(40) *Inst. 2, 19. de haer. qual. § 7.*

(41) *Gaius II. 242.; Ulpianus 22, 19.*

(42) *D. 28, 2. de lib. et post. haer. L. 29. pr.; Ulpianus 22, 19.; Inst. 3, 9. de bon. poss. pr.*

(43) *D. 34, 8. de his, quae pro non script. habent. L. 3. pr.*

(44) *Inst. h. t. pr.; C. 6, 27. de necess. serv. L. 5. — Ante Iustinianum institutio non erat valida nisi contineret concessionem libertatis, v. gr. hac formula: « Stichus servus meus liber haeresque esto; vel: haeres liberque esto ». *Gaius II. 185, 187.; Ulpianus 22, 7. 11.**

idecirco servus nonnisi ex mandato domini potest acceptare haereditatem (45).

3° Sunt incapaces haereditatis peregrini, cum enim haec habeat characterem civilem, exigit civitatem romanam.

4° Sunt incapaces personae civiles sive iuridicae; quod de haereditate ab intestato fundata in parentela per se intelligitur, sed praeterea non possunt institui nisi id obtinuerint ex speciali (46) concessione: hac concessione gaudent v. gr. municipia, civitates, ecclesiae et monasteria atque opera pia ab illis dependentia (47).

5° Sicut non adest iūs successionis ab intestato inter patrem naturalem et filios adulterinos vel incestuosos aut simpliciter naturales nec inter patrem naturalem et matrem naturalem (48); sed solum existit intra certos limites inter filios concubinae eorumque patrem et concubinam (49): sic etiam pater naturalis non potest instituere filios adulterinos vel incestuosos aut eorum matrem (50). Nihil tamen vetat quominus instituatur filius simpliciter naturalis vel eius mater: nam haec paternitas et cohabitatio, quam secum trahit, legaliter ignoratur. Filii concubinariorum et concubina ipsa plenam habent capacitatem institutionis, si pater naturalis non habeat filios legitimos: quod si habeat non potest relinquere filiis et concubinae nisi duodecimam partem, soli concubinae vigesimam quartam partem; atque eadem restrictione pater naturalis a filiis concubinariis institui potest (51).

6° Iure Iustiniano institui non possunt: 1° apostatae et

(45) Arg. Inst. eod. § 1.

(46) C. h. t. L. 8. Ex quo textu patet, non posse admitti sententiam eorum qui tenent, testamenti factionem passivam competere omni corporationi licitae independenter a speciali concessione, vi constitutionis Iustiniani de institutione personae incertae.

(47) Cfr. C. h. t. L. 12.; C. 1, 2. de sacros. eccl. L. 1, 22.; C. 1, 3. de Episc. et cler. L. 18. 24. 28. 49.; Nov. 131. cap. 11.

(48) Nov. 89. cap. 15. pr.; D. 38, 11. unde vir et uxor. L. un.

(49) Nov. 89. cap. 12. § 4. 6. cap. 13.

(50) Arg. Nov. 89. cap. 15. pr.

(51) Nov. 89. cap. 12. § 2. 3. cap. 13.

haeretici (52); 2° filii perduellis (53); 3° mulier quae non observat annum luctus (54).

567. Scholion. Iure antiquo plures aliae aderant incapacitates deinde abolitae.

1° non admittebatur institutio personae incertae: atque haec erat ratio cur postumi institui non poterant (55); sed hanc restrictionem libertatis testandi sustulit Iustinianus (56).

2° *Lex Voconia* (a. 586.) ad impediendum luxum feminarum prohibuerat ne qui erant inscripti in prima classe census feminam haeredem instituerent: quae prohibitio a iurisconsultis extensa est ad haereditatem legitimam, et femina non erat admittenda in ordine agnatorum ad successionem vocatorum, nisi esset soror consanguinea defuncti (*Voconiana ratio*) (57). *Lex Voconia* sub imperio simul cum censu in desuetudinem abiit, et a Iustiniano sublata est *Voconiana ratio* (Inst. 3, 2. de leg. agn. succ. § 3.).

3° *Lex Iulia et Papia Poppaea* (sub Augusto) requirebat in instituto ut esset coniugatus et haberet filios legitimos: qui nec matrimonium nec filios haberent (*coelibes*) erant absolute incapaces; qui matrimonium sed sine filiis haberent (*orbi*) poterant valide institui sed institutio ad dimidium reducebatur (*Gaius* II. 286.). Qui vero haberent filios sine matrimonio (*patres solitarii*) videntur fuisse in eadem conditione ac coniugati sine liberis (*Ulpianus* XIII.). Non tamen requirebatur matrimonium aut liberi in consanguineis testatoris in sex primis gradibus nec in affinibus in linea directa (Fragm. Vatic. 216. 218. 219.). — Aderat praeterea *lex Iunia Narbona* sub Tiberio lata, quae ab institutione excludebat Latinos Juniani (*Gaius* I. 23.). — Sed enumeratae incapacitates non reddebant institutionem absolute nullam; sed coelibes, orbi, patres solitarii, Latini Iuniani instituti,

(52) C. 1, 5. de haeret. et manich. L. 5.; C. 1, 7. de apost. L. 3.

(53) C. 9, 8. ad leg. Iul. maiest. L. 5. § 1.

(54) C. 5, 9. de sec. nupt. L. 1.; Nov. 22. cap. 22.

(55) *Gaius* II. 242.; *Ulpianus* XXII. 4.

(56) Inst. 2, 20. de leg. § 27. iunct. § 25.

(57) *Gaius* II. 274.; *Paulus* IV. 8. § 22.

debebant suam incapacitatem purgare, et contracto matrimonio, procreatis filiis legitimis vel acquisita civitate romana institutio suum habebat effectum (*Ulpianus* XXII. 3.): matrimonium autem vel acquisitio civitatis fieri debuit infra centum dies a morte testatoris: quae dilatio pro procreandis liberis esset data, non constat: atque haec est ratio cur capacitas a memoratis legibus requisita diceretur *ius capiendi* non *testamenti factio* (*Gaius* II. 275. 286.). Incapacitas coelibis. orbi et patris solitarii fuit ablata per Constantinum I., Honorium et Theodosium II. (C. 8, 58. de infirm. poen. coel. L. 1. 2.): Iustinianus suppressit Latinos Iunianos (Inst. 1, 5. de libert. § 3.).

568. II. *De tempore, quo existere debet capacitas.* Haeres *testamentarius* debet esse capax tempore confectionis testamenti, tempore delationis haereditatis et toto tempore intercedente inter delationem et acquisitionem (58). Si incapacitas habetur tempore confectionis, institutio est nulla ac semper debet manere talis, quamvis institui possint filii nondum concepti (59); si tempore delationis, delatio fieri non potest; si momento aliquo inter delationem et acquisitionem delatio cessat et incapax excludendus est. Non autem requiritur *continua* capacitas inter confectionem et aperationem testamenti.

Haeres *legitimus* debet esse capax cum successio aperitur et modo continuo usque ad haereditatis acquisitionem.

III. *De indignitate* (D. 34, 9. — C. 6, 35.). Indignitas datur propter aliquod factum contra testatorem vel contra legem. Indignus habetur qui attentavit contra vitam testatoris, vel ipsum dereliquit in captivitate positum aut mente alienatum, aut neglexit nominationem tutoris, dum ille esset in impubertate; pariter indignitatem induxit negligentia in exequendis oneribus testamento impositis, item obligatio erga testatorem suscepta aliquam liberalitatem incapaci tribuendi (*fideicommissum tacitum*) (60).

(58) Inst. 2, 19. de haered. qual. et differ. § 4.

(59) Inst. 3, 9. de bon. possess. pr.

(60) D. h. t. L. 3. L. 18. pr.; D. 49, 14. de iure fisci L. 43. iunct. D. h. t. L. 10. pr.; C. 6, 58. de legib. haered. L. 10.; Nov. 1. cap. 1. pr. § 1. 2.

Indignitas non impedit acquisitionem haereditatis, quia non resultat ex qualitatibus personae, sed ex factis quae debent probari (61). Successio proinde transit in patrimonium indigni; sed comprobata indignitate, ipsi pleno iure aufertur, generatim in favorem fisci (*bona ereptoria*), nonnumquam in favorem aliarum personarum (62).

§ 5. DE SUBSTITUTIONIBUS

D. 28, 6. de vulg. et pupill. substit. — C. 6, 26. de impub. et aliis substit.

I. De vulgari substitutione (*Inst. 2, 15. de vulg. subst.*).

569. Testamentum continere potest plures institutiones ita factas, ut una dependeat ab alia. Videlicet ne testamento destituerentur, mos invaluit plures haeredum gradus constituendi: qui mos maxime excrevit post leges caducarias. Institutio, quae alteri est subordinata dicitur *substitutio* i. e. secundi vel ulterioris haeredis institutio et potest esse *vulgaris, pupillaris, quasi-pupillaris*.

Vulgaris substitutio est secundi vel ulterioris haeredis institutio pro casu quo praecedens haeres defecerit (63). De qua hae regulae valent:

1^o Cum substitutio sit vera institutio haeredis, si substitutus moriatur ante acceptionem non transmittit ad haeredes ius acceptanti, nisi agatur de casibus exceptis.

2^o Institutio substituti est conditionata, si deficit priori loco institutus quacumque ex causa, sive quia non postet sive quia non vult pervenire ad successionem (64). Substitutus censetur vocatus ad successionem eodem modo ac primo institutus atque tenetur iisdem oneribus licet pro ipso non

(61) D. 49, 14. de iure fisci L. 29. § 1.

(62) D. h. t. L. 8.; C. 6, 51. de cad. toll. L. un. § 12.; *Ulpianus* XIX. 17.; Nov. 115. cap. 3. § 12.

(63) Est veluti institutio conditionata. Formula erat: *Titius haeres esto. Si Titius haeres non erit, Seius haeres esto.* *Gaius* II. 174.; *Ulpianus* XXII. 3. 4.

(64) D. 35, 2. ad leg. Falc. L. 1. § 13.; Arg. C. h. t. L. 4.; *Inst.* h. t. pr.

fuerint commemorata (65). Cum autem haereditas ad substitutum non deferatur nisi in defectu instituti, nonnisi interveniente hoc defectu valide a substituto acceptari potest (66).

II. De pupillari substitutione (*Inst. 2, 16. de pup. sub.*).

570. *Pupillaris substitutio* est institutio haeredis facta a patrefamilias pro filiis impuberibus in potestate constitutis et in alienam non recasuriis, in casu quo haeredes fuerint sed in pupillari aetate morerentur (67). Cum impuberes essent incapaces testandi, testamentum a patre factum valebat tamquam testamentum pupilli si hic decessisset antequam pervenisset ad aetatem necessariam pro testamenti factione: est vera institutio loco et nomine pupilli facta: nomen *substitutionis* inde habuit, quod generatim coniungebatur cum institutione a patre pro se facta simul cum substitutione vulgari: ergo pater filium instituebat haeredem, huic tertium substituebat substitutione vulgari, hunc eundem tertium vocabat ad successionem filii pro casu quo hic haeres factus patris in impubertate decessisset (*Inst. h, t. pr.*). Cuius duplicis dispositionis coniunctio erat ita usualis, ut una in testamento expressa, altera intelligeretur: substitutus substitutione vulgari habebatur ut pupillariter institutus et vicissim (*D. h. t. L. 4. pr.*).

Ius testamenti pro impubere condendi pertinebat ad patremfamilias, est enim praerogativa patriae potestatis (*D. h. t. L. 2. pr.*): vinculum autem potestatis debebat esse immediatum; si inter pupillum et patremfamilias adesset descendens intermedius, ille pro pupillo non poterat facere testamentum propter contingens ius intermedii ad patriam potesta-

(65) C. 6, 49. ad Sctum Trebell. L. 4.; D. I. (30) de leg. L. 74.

(66) D. 29, 2. de A. v. O. H. L. 69.

(67) *Gaius* II. 179.; *D. h. t. L. 2.* Fundamentum est patria potestas, vi cuius etiam ex decemvirali lege poterant patres liberis suis tutorem testamento dare: huius tutelae quaedam quasi extensio est substitutio pupillaris, quae in eundem finem fiebat, ne sc. haeredes ab intestato ad haereditatem venientes, insidias vitae pupilli struerent, incerti an ipsi essent haeredes. Unde eam moribus introductam dicit *Ulpianus* in l. c. Dig.

tem. Sed perinde est si morte patrisfamilias filius iam fuerit natus vel solum conceptus et postumi in casu censentur nati tempore conceptionis (Inst. h. t. § 4.).

Testamentum pupilli habetur ut accessorium testamenti patris, et hoc ultimum est conditio *sine qua non* pro primo (Inst. h. t. § 5.): quare qui pro pupillo vult testari debet et pro se testari (Ib. § 5.): testamentum patris debet fieri ante vel simul cum testamento filii. huius testamentum primo loco factum esset nullum (D. h. t. L. 3. § 4.). Nullitas vel infirmitas testamenti patris secum trahit nullitatem vel infirmationem testamenti pupillaris (Inst. h. t. § 5.); sed duo testamenta fieri possunt vel uno actu vel actibus distinctis (Ib. § 2.). Non est necesse ad substitutionem pupillarem ut pater filium suum haeredem faciat, sed etiam pro ipso exhaereditato substitutionem facere potest, ita ut quidquid pupillo adveniat ex haereditatibus, legatis vel donationibus propinquorum vel amicorum ad substitutum transeant (Ib. § 4.) (68).

571. III. De quasi pupillari substitutione. *Substitutio quasi pupillaris*, sive *exemplaris* aut *iustiniana* (69) est institutio haeredis facta ab ascendente nomine sui descendents, amentia continua affecti, pro casu quo hic in statu amentiae moriatur. Haec substitutio, sicut praecedens, est vera institutio haeredis facta pro eo, qui est incapax ac generatim iisdem regulis subiicitur. Ascendens non potest quasi-pupillariter substituere, nisi pro se faciat testamentum sive eodem actu sive diversis. Substitutio habet effectum quoad omnia bona, sive ea proveniant ab ascendente sive aliunde (70).

(68) Substitutionis pupillaris formula erat: « *Titius filius meus, haeres esto: si filius meus haeres erit, sed intra pubertatis annos decesserit, Seius haeres esto* ».

(69) Olim filiis puberibus, ratione amentiae a testamento condendo impeditis, pater providere testamento non poterat pro casu quo morerentur antequam resipiscerent, cum tamen eadem ratio valeret ac pro impuberibus. Nihilominus concedebatur patri facultas substituendi vi privilegii a principe concessi (D. h. t. L. 4. § 3.). Id autem quod ius privilegii erat, a Iustiniano ad ius ordinarium evectum est. Inst. h. t. § 1.; C. h. t. L. 9.

(70) Sunt interpretes, qui id negant de bonis non provenientius a

Differt a pupillari, quia ius substituendi quasi pupillariter pertinet ad omnes ascendentes sine distinctione gradus et sexus, eius enim fundamentum non est patria potestas sed pietas familiaris (Inst. h. t. § 1., C. h. t. L. 9.). Deinde electio substituti non est omnino libera, sed si mente alienatus habet filios vel in horum defectu fratres aut sorores a testatore descendentes, ex his eligi debet et solum in horum omnium defectu liberam habet electionem.

§ 6. DE TESTAMENTI INVALIDITATE ET REVOCATIONE.

Inst. 2, 17. quib. mod. test. infirm. — D. 28, 3. de iniusto, rupto, irrito facto testamento.

572. I. Testamentum destitutum aliqua ex conditionibus ad valorem requisitis nullum est (D. h. t. L. 1.). Sed potest praeterea infirmari ex superveniente circumstantia: distinguuntur sub hoc respectu testamenta *irrita, rupta, destituta* seu *deserta* et *rescissa* (71).

573. Porro causae ob quas *infirmantur* testamenta respiciunt vel testatorem vel institutum vel tertium.

1^o Testamentum infirmatur ex parte *testatoris*, cum hic capacitatem testandi amisit nec eam ante mortem recuperavit, vel cum testamentum factum revocat: in primo casu dicitur *irritum*, in altero *ruptum*.

2^o Ex parte *instituti* infirmatur, si institutus moriatur ante tabularum aperitionem, vel inter haereditatis aperitionem et eius aditionem, quin institutus in alium ius acceptanti transmiserit (72). Infirmitur praeterea ex instituti incapacitate superveniente inter aperitionem et acquisitionem haereditatis; item ex indignitate instituti vel ob repudiatio-

testatore; sed illa sententia, praeter exemplum substitutionis pupillaris, impingit in notam regulam, *nemo partim testatus partim intestatus decedere potest*.

(71) Inst. h. t. pr. § 5.; Inst. 3, 1. de haered. q. ab. int. def. § 7. 8.; D. 5, 2. de inoff. test. L. 8, § 16.

(72) D. 38, 16. de suis et legib. haer. L. 9.; C. 6, 51. de cad. toll. L. un. § 5.

nem haereditatis ab ipso factam (D. h. t. L. 1.). In prioribus casibus habetur testamentum *destitutum*; in ultimo testamentum *desertum*.

3º Respectu *tertiaae personae* infirmatur, cum rescinditur ad petitionem consanguineorum, quos testator contra ius prae-terminis, de quo postea (*testamentum rescissum*). Antiquo iure romano infirmibatur, si testatori filius postumus agnascere-
tur, *testamentum ruptum*; atque hic est casus haereditatis contrariae testamento, de quo postea.

574. II. Testamentum nullum aut infirmatum generatim nullum producit effectum; omnes eius dispositiones carent efficacia, tametsi nullitas aut infirmitas respiciat institutio-
nem haeredis, quia illa est pars essentialis testamenti romani et aliae dispositiones sunt veluti accessoriae, quae sequuntur conditionem principalis (73). — Sunt tamen casus, in quibus testamentum nullum aut infirmatum sive in totum sive quoad partem sustinetur ut codicillus: dispositiones quae sustinentur deveniunt dispositiones codicillares, institutio haeredis transformatur in fideicommissum universale pro haereditibus ab intestato, qui obligatione tenentur executioni mandandi ceteras clausulas testamentarias (74). Generatim loquendo haec transformatio testamenti in codicillum exigit specialem testatoris declarationem, qua edicat testamentum, si non valeat ut tale, valeat saltem ut codicillus, *clausula codicillaris* (75). Huic regulae derogatur in casu quo consanguineus institutus haeres universalis, repudiat testamentum ad hoc ut legata valore careant et possit adire haereditatem legitimam sine onere legatorum; hic obligatur ad mandanda executioni legata in testamento contenta (76). Aliae exceptiones occurrent in sequentibus.

575. III. Rumpitur testamentum *revocatione* testatoris. Voluntas hominis ambulatoria est, nec quisquam ita sibi legem dicere potest, ut non liceat deinde recedere a prima volun-

(73) D. 26, 2. de test. tut. L. 9.

(74) D. (31) II, de legat. L. 88. § 17.; C. 6, 36. de codic. L. 1.

(75) D. 29, 7. de iure codic. L. 1.

(76) D. 29, 4. si quis omitta causa testam. L. 1. § 13.

tate: nemo autem iure romano poterat decedere cum duplici testamento, ideoque posterius eius iudicium habendum erat potentius priore (*Gaius* II. 144.). Sed quia testamentum erat actus sollemnis, ad eius revocationem requirebantur determinatae formae.

1^o Novum testamentum, quo prioris revocatio fiat, debet habere omnes conditiones necessarias ad valorem; quo altero testamento iure perfecto, statim rumpitur primum etiamsi alterum testamentum infirmetur, quo casu auctor intestatus moritur (*Inst. h. t.* § 2.). Nec requiritur prioris revocatio expressa, immo nec tacita, quae habetur cum posterioris dispositiones sunt contrariae aut incompatibiles cum iis quae in priori continebantur; sed solum factum novi testamenti iure perfecti prius testamentum rumpit etiam sine intentione revocandi, quamvis in hoc casu testamentum infirmatum valeat ut codicillus (77).

2^o Alter modus revocationis testamenti est eius laceratio, combustio, deletio, modo haec consulto fuerint facta sive a testatore sive a quopiam alio eius nomine: non autem revocatur per destructionem ex casu fortuito (78).

3^o Ante Iustinianum testamentum vires amittebat per simplicem lapsum decennii; hac lege abrogata Iustinianus constituit, ut post decennium lapsum a condito testamento posset testator illud revocare sive apud acta sive coram tribus testibus (*C. 2, 23. de testam. L. 27.*).

§ 7. DE TESTAMENTI EXECUTIONE.

576. Rara adsunt exempla apud romanos in quibus perhibetur testator nominasse, ut hodie dicitur, executorem testamentarium, sive quoad integrum testamentum sive quoad aliquam eius dispositionem (79). Raro etiam habentur execu-

(77) *D. h. t. L. 12. § 1.; Inst. h. t. § 3.*

(78) *D. h. t. L. 10.; D. 28, 4. de his, quae in test. del. L. 1. § 3.; D. 38, 6. si tab. test. nul. ext. und. lib. L. 1. pr. et § 8.*

(79) *Cfr. D. 36, 1. ad Scutum Trebell. L. 78. § 1.; D. 31. (II) de leg. L. 88. § 1.; D. 34, 1. de alim. leg. L. 9. pr.*

tores a iudice nominati (80). Cum dispositio testamentaria erat facta in favorem personae determinatae haeredis, legatarii aut fideicommissarii, satis consultum erat securitati executionis (81). — In aliis casibus executio testamenti erat commissa haeredi independenter a personali ipsius interesse (82): ipse magistratus ex officio poterat urgere satisfactionem, quam si gravatus non praestaret infra annum ab iniunctione magistratus excluderetur a successione tamquam indignus, et liberalitates testamento acceptae devolvebantur cum oneribus adnexis ad alium cum ipso institutum et subsidiarie ad legatarios et ultimo loco ad consanguineos (83).

Executor testamentarius omnia habet iura, quae sunt necessaria ad testamenti executionem (Nov. 1. cap. 1. § 1.); sed partem non habet in bonis haereditariis administrandis.

CAPUT IV.

DE HAEREDITATE LEGITIMA SIVE AB INTESTATO

I. Praenotiones.

577. 1^o Successio legitima habet locum cum deficit testamentum aut illud est invalidum vel licet validum effectum caruit. Haereditas distribuitur secundum praesumptum defuncti affectum erga propinquos, qui distribuuntur in plures classes sive ordines: is, qui in uno ordine continetur, semper praefertur iis, qui censentur in ordinibus subsequentibus, quocumque propinquitatis gradu cum defuncto coniungantur, ut

(80) D. eod. L. 3.

(81) C. 6. 45. de his, quae sub modo leg. L. 2.

(82) D. 10, 2. fam. ercisc. L. 18. § 2.; D. 32. (III) de leg. L. 19.

(83) Nov. 1. cap. 1, § 1.; Auth. ad C. 6, 42. de fideic. L. 32. Illa ipsa gravissima poena amissionis haereditatis debuit efficere, ut infrequens esset usus executoris testamentarii distincti; nec hoc institutum iuridicum videtur introductum nisi serius tempore imperatorum christianorum, donec influxu iuris canonici suam accepit perfectionem. Praesertim constituebatur specialis executor quoad opera pia (Cfr. Nov. 131. cap. 11.): executor vero universalis non invenitur, nisi cum integrum defuncti patrimonium in opera pia esset erogandum.

proinde fieri possit quod proximior propinquus excludatur a remotiore. Gradus attenditur inter personas eiusdem ordinis, nec semper tamen modo absoluto, cum pluries detur concursus plurium diversi gradus. (Inst. 3, 6. de grad. cognat. § 11. 12.).

2^o Cum plures propinqui ad eandem successionem vocantur, haec triplici modo dividi potest *in capita*, *in stirpes*, *in lineas*. Cum *in capita* fit divisio, tot fiunt partes aequales (*virilis pars*) quot personae ad successionem vocatae. — *In stirpes* fit divisio cum lex ad haereditatem vocat descendentes successoris praemortui, ipsis coniunctim tribuendo virilem partem, quae illi, a quo causam habent, respondisset si non fuisset praemortuus: illam portionem communem seu coniunctim acceptam tenentur descendentes inter se *per capita* partiri (1). — Divisio *in lineas* habet locum, cum haereditas in duas partes tribuitur atque altera assignatur ascendentibus lineae paternae, altera maternae.

II. Historia.

578. *A. Systema antiqui iuris civilis.* Lege XII Tabularum habebantur tres ordines successorum, ad quos deferebatur haereditas: *haeredes sui*, *agnati*, *gentiles* (2).

1^o *Haeredes sui* erant descendentes *immediate* constituti sub patria potestate tempore mortis (*Gaius* III. 2.). Quare plures descendentes non erant comprehensi: liberi non habebant qua-

(1) Utrum qui per stirpes succedunt, *iure*, ut aiunt, *representationis* succedant, in controversia est. Communior interpretum sententia asserit; non desunt tamen qui negent, teneantque *ius representationis* a iure romano saltem veteri esse prorsus alienum: iuxta hos, nepotes ad successionem veniunt *iure proprio*, sicut *iure proprio* veniunt filii illius de cuius haereditate agitur, nec illi patrem praemortuum, repraesentant aut repraesentare possunt ante haereditatis assecutionem; diversam vero proportionem in divisione servatam inde explicant, quod praesumatur affectus defuncti perseverare in eadem mensura divisionis ac si filius alter adhuc viveret.

(2) Ulpianus XXVI, 1. « *Si intestatus moritur cui suus haeres nec escit, agnatus proximus familiam habeto; si agnatus nec escit, gentiles familiam habeto* ».

litem haeredis sui nisi respectu patrisfamilias, non respectu matris nec aliorum ascendentium, qui patriam potestatem non exercebant (*Gaius* III. 2. 24.). Filius emancipatus aut a patrefamilias in adoptionem datus desinebat esse haeres suus (*Gaius* III. 19.). Requirebatur patria potestas *immediata*, ideoque filii non erant haeredes sui respectu avi, nisi ex huius familia eorum pater exiisset (*Gaius* III. 2.). Descendentibus sub potestate aequiparabatur uxor in *manu* mariti constituta, quae succedebat marito ut haeres suus, quia reputabatur filia (*Gaius* III. 3.): item si maritus sub potestate patris non sit, uxor (nurus) succedit socero sub cuius directa potestate constituitur, quia neptis loco est. — Si plures haeredes sui erant, omnes simul vocabantur ad successionem et partitio fiebat *per capita* si omnes erant eiusdem gradus, *per stirpes* si erant gradus diversi vel omnes erant ultra primum gradum (*Gaius* III. 7. 8.).

2^o Deficientibus haeredibus suis, haereditas deferebatur ad agnatos iuxta proximitatem gradus, ita ut proximior excluderet remotiorem et divisio fiebat per capita. *Voconiana ratio* efficit, ut aliae feminae ad successionem in classe agnatorum non admitterentur, nisi quae essent sorores *consanguineae* defuncti (*Gaius* III. 11. 14. sq. 23):

3^o *Gentiles* vocabantur in defectu agnatorum; et quoniam legislatio decemviris non admittebat successionem graduum sed ordinum (*in legitimis non datur successio*), ita si agnatus proximior haereditatem repudiasset, haec non devolvebatur ad remotiores agnatos sed ad gentiles (*Gaius*, III. 12.-22.; *Ulpianus* XXVI. 5.). Sed gentilicium ius simul cum *gente* disparuit primis temporibus imperii (*Gaius* III. 17.).

B. Systema iuris praetorii. Cum successio in legislatione decemvirali niteretur agnatione, cognati ut tales excluderentur, quaecumque demum esset propinquitatis qualitas et proximitas. Praetor induxit novum systema, quo simul et agnationis et cognationis haberetur ratio,tribuendo pluribus, qui iure civili non vocabantur, *bonorum possessionem* et distinguendo in successione quatuor ordines: descendentes legitimi per lineam paternam (liberi), haeredes civiles, cognatos, coniux

relictus; inde *bonorum possessio intestati, unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir et uxor* (sc. vocantur); quae appellationes desumptae sunt ex diversis partibus edicti.

1^o Descendentes, quos praetor primo loco vocabat, erant haeredes sui et ceteri qui hanc qualitatem amiserant ob emancipationem vel aliam causam afferentem capitis diminutionem, nec tamen moriente auctore in extraneam familiam ingressi essent v. g. filii in adoptionem dati atque a patre adoptivo emancipati, quos praetor considerabat ut *haeredes suos* per fictionem, perinde ac si capite minuti non essent (*Gaius* III. 26.), quo largior fiebat primus ordo vocatorum quam in lege Decemvirali. — Si concurrebant plures filii, divisio fiebat modo lege Decemvirali constituto pro haeredibus suis, cum hoc discrimine, quod si defunctus relinquat filium emancipatum et filios istius, qui adhuc sint sub patria potestate avi, hi nepotes *ex filio* vocantur ad bonorum possessionem simul cum patre ita ut accipiant filii dimidiam partem, aliam dimidiam eorum pater; quae dispositio fuit introducta a Iuliano in revisione edicti, ideoque dicitur *nova clausula Iuliani* (3).

2^o In defectu *liberorum*, aut si hi bonorum possessionem repudiaverint vel infra terminum praescriptum non petierint, edictum praetorium vocabat ad successionem haeredes civiles secundum ordinem numero praecedenti explicatum: inter quos postea comprehensae sunt personae, quae aliquo Senatus consulto vel constitutione imperiali ad successionem fuissent vocatae (4).

3^o In defectu duplicis prioris ordinis, bonorum possessio a praetore concedebatur *cognatis* usque ad sextum gradum (5), non facta distinctione inter agnatos et cognatos. Cognatus propinquior excludit remotiorem et qui sunt in eodem gradu

(3) D. 37, 8. de coniug. cum emancip. liber. eius. L. 1. pr. et § 1. 7. 11. L. 3. i. f.

(4) D. 38, 7. unde legitimi L. 2. § 4. L. 3.

(5) Erat quoque admissus *sobrino* vel *sobrino natus*, quamvis septimo gradu propinquus, exclusis aliis collateralibus ultra sextum gradum. Cfr. Fragm. Vatic. § 301.

succedunt per capita. Quodsi unus ex proximioribus deest, eius pars aliis accrescit; si omnes repudiant bonorum possessionem vel eam legitimo tempore non petunt, defertur ad cognatos gradus subsequentis, ideoque in hoc ordine datur successio graduum.

4º In defectu propinquorum, bonorum possessio dabatur coniugi superstiti, modo non esset divortio separatus (*Gaius* III. 28. iunct. 27.).

C. Legislatio imperialis. Praetor cognatos ad successionem vocaverat, quin tamen ipsos aequipararet agnatis: nonnulli tantum cognati concurrebant cum descendantibus agnatis, ceteri solum post omnes agnatos vocabantur. Reformationem praetoriam perfecerunt plura senatusconsulta et constitutiones imperiales ab Adriano usque ad Novellam 118., quibus agnatis assimilati sunt ascendentes et descendentes, fratres et sorores, nepotes et neptes: ulterius processit Novella 118.

Praecipuam mentionem merentur Senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum. Secundum leges XII Tabularum filii non vocabantur ad successionem matris, nisi haec esset *in manu mariti*, quo casu habebantur ut fratres ideoque poterant ipsi succedere ut agnati consanguinei. *Sconsultum Orphitianum* sub Marco Aurelio filios ac filias ad successionem matris vocavit ante omnes agnatos, et deinde eadem dispositio extensa est ad nepotes relate ad haereditatem aviae (6). — Pariter decenviralis lex matrem ad successionem filiorum non admittebat, nisi esset *in manu mariti*, quo casu succedebat tamquam *soror consanguinea*. Edicto praetorio vocabatur in ordine *cognatorum* nisi esset *soror consanguinea*, quo casu ipsi dabatur bonorum possessio *unde legitimi*. *Sc. Tertullianum* sub Adriano vocavit matrem ad successionem civilem filiorum sive legitimorum sive illegitimorum post filios, patrem naturalem et fratres consanguineos defuncti: sorores consanguineae concurrebant cum matre, et obtinebant ipsae simul dimidiam partem, aliam dimidiam mater, sed omnes alios propinquos excludebat mater. Hoc tamen ius matri non

(6) Inst. 3, 4. de Sc. Orphit. pr. et § 1.; *Ulpianus* XXVI, 7.

concedebatur nisi haberet tres vel quatuor filios legitimos, prout ageretur de ingenua aut de manumissa (*ius trium vel quatuor liberorum*) ad normam legis *Iuliae et Papiae Poppaeae*.

Iustinianus iuris succedendi reformationem perfecit, creato novo et completo systemate per Novellas 118. 127.

III. *Ius novum* (Nov. 118. 127.).

579. Iustinianus ius succedendi fundavit super consanguinitate cum defuncto, sine distinctione utrum mera *cognatio* sit an etiam *agnatio*. Affinitas vero nullum parit ius successionis. Statuti sunt quatuor *ordines* succedendi, in quibus, quantum attinet successionem sanguine coniunctorum, non tam attenditur proximitas gradus cognationis quam ipsius consanguinitatis species, sc. linea descendens, ascendens, collateralis.

A. *Primus ordo*. In primo ordine veniunt omnes *descendentes* defuncti sine distinctione sexus, gradus propinquitatis aut patriae potestatis. Si sunt plures admittuntur omnes, qui non excludantur per descendentem intermedium adhuc vivum (7). Cum concurrunt plures descendentes, haereditas dividitur *per capita* si sunt eiusdem gradus, secus *per stirpes* (8).

B. *Secundus ordo*. In defectu descendentium vocantur *ascendentes*, fratres (et sorores) germani atque horum filii seu descendentes primi gradus, secundum sequentes regulas.

1° Si defunctus solum reliquit ascendentes, gradus proximior excludit remotiorem. Si existunt plures eiusdem gradus et lineae, divisio fit *per capita*; si ad lineas diversas pertinent, in dimidiam partem succedunt ascendentes paternae lineae, in aliam dimidiam succedit linea materna; in unaquaque linea subdivisio fit *per capita*.

(7) Puta, si quis reliquit filium habentem vicissim filios, hi excludantur per intermedium patrem adhuc vivum. Si reliquit filium et nepotes ex alio filio praemortuo, hi quoque vocantur quia inter defunctum et ipsos non est descendens intermedius vivus a quo excludantur.

(8) V. gr. defunctus relinquit filium et tres nepotes ex filia praemortua: hi tres succedunt per stirpes, sed simul accipiunt dimidiam haereditatis partem, altera dimidia cedit filio defuncti.

2^o Si praeter ascendentes reliquit fratres (vel sorores) germanos, hi concurrunt cum ascendentibus gradus proximioris et divisio fit *per capita*.

3^o Si praeter ascendentes et fratres (sorores) existant filii (filiae) alicuius fratris (vel sororis) praemortui, huiusmodi nepotes vel neptēs acquirunt quod obveniret patri vel matri, si viveret.

4^o Si non reliquit fratres aut sorores sed tantum ascendentes et nepotes vel neptēs, hi in rigore essent exclusi a concursu in successionem, sed saltem iurisprudencia practica innixa interpretatione Nov. 127. eos admisit.

5^o Si non reliquit ascendentes, sed tantum fratres aut sorores, divisio fit *per capita*; si praeterea extant filii fratris (aut sororis) praemortui divisio fit *per stirpes*.

6^o Si tantum reliquit nepotes vel neptēs divisio fit *per stirpes*.

C. Tertius ordo. Deficientibus haeredibus secundi ordinis, succedunt fratres et sorores unilaterales (i. e. *consanguinei* vel *uterini*) atque eorum descendentes primi gradus in locum patris (vel matris) praemortui atque divisio fit servatis regulis traditis pro fratribus et nepotibus bilateralibus.

D. Quartus ordo complectitur omnes alios cognatos collaterales, in duabus classibus praecedentibus non comprehensos, sine sexus discrimine et sine limitatione graduum. Proximior excludit remotiorem: qui eiusdem sunt gradus simul *in capita* admittuntur: ultra fratrum liberos, non amplius ratio habetur, an duplici vel simplici sanguinis, vinculo iuncti sint.

580. De irregulari seu extraordinaria successione — *a) successio coniugum.* 1^o praemortui coniugis bonorum possessionem adipiscitur alter coniux, si ex cognatorum ordine nemo adsit aut haereditatem nullus adeat, *bonorum possessio unde vir et uxor* (9); 2^o uxore defuncta, maritus cum liberis communibus et patria potestate solutis admittitur in virilem partem ususfructus bonorum maternorum (10); si agitur de liberis

(9) Inst. 3, 9. § 3.; Tit. D. 38, 11.; C. 6, 18.

(10) C. 6, 60. de bon. matern. L. 3.

adhuc in potestate retentis, maritus vi patriae potestatis omnium bonorum usumfructum lucratur; 3^o uxori superstiti pauperi et indotatae hoc modo provisum: habet ius ad partem virilem in usufructu, si concurrit cum descendentibus communibus sibi et viro defuncto; eius tamen portio nequit unquam superare quartam haereditatis partem neque centum libras auri; si concurrit cum aliis personis, ius habet ad partem virilem sed in dominio, quae pars nequit superare quartam haereditatis partem, *quarta uxor* (11).

b) *fili* concubinariorum ex successione paterna accipiunt dumtaxat alimenta, si superstes sit legitima soboles aut iusta uxor (Nov. 89. cap. 12. § 6.). His personis deficientibus, accipiunt duas uncias seu sextam haereditatis partem (cit. Nov. 89. cap. 12. § 4.). Idem omnino dicendum de patre naturali relate ad filios ex concubina habitos (Nov. 89. cap. 13.). Concubina filiis assimilatur et cum illis recipit alimenta et virilem partem in duabus unciis successionis; si sola sit, recipit alimenta et duodecimam successionis partem (Nov. cit. cap. 12. § 4.).

c) qui ex nefariis, incestis aut damnatibus complexibus nati essent, a paterna et materna haereditate excludebantur, immo et ab alimentorum petitione (Nov. 74. cap. 6.; Nov. 89. cap. 15.).

d) certa corpora, puta collegia decurionum, fabriciensium, naviculariorum, cohortalium, succedebant in bona sodalium, quibus nullus esset haeres.

e) extra ordinem quoque deferebantur bona ecclesiae aut monasterio, si clerici ac monachi nullo relicto haerede mortui fuissent (12). Immo ecclesiae obveniebant, si hi, qui alioquin defuncto haeredes futuri essent, eum in captivitate neglexissent vel etiam a fide defecissent (13).

f) fisco deferebantur bona vacantia in civitate, cui defunctus adscriptus esset (14).

(11) Nov. 53. cap. 6. pr. 2.; Nov. 117. cap. 5.

(12) C. 1, 3. de episc. et cleric. L. 20.; Nov. 5. cap. 5.; Nov. 131. cap. 13.

(13) Nov. 115. cap. 3. 13. 14.

(14) *Ulpianus* XXVIII, 7.; C. 10, 10. de bonis vacant. L. 1. 4. 5.

CAPUT V.

DE SUCCESSIONE NECESSARIA SEU CONTRA TESTAMENTUM

Inst. 2, 13. de exhaeredat. liber.

D. 28, 2. de lib. et post. inst. vel exhaer.

C. 6, 28. de liber. praeterit. vel exhaered.

581. Lege Decemvirali paterfamilias illimitatam habebat libertatem testandi (1). Sed progressu temporis, ope iuris civilis, iuris praetorii et constitutionem imperialium, illa effrenata libertas pedetentim restricta fuit, imponendo testatori obligationem sive certas personas instituendi vel exhaeredandi, sive relinquendi aliquam partem patrimonii; qua ratione effectum est, ut posset haereditas deferri contra tenorem testamenti sub omni alio respectu validi. Inde orta est successio, quae dicitur *necessaria*, et necessitas potest respicere formam institutionis vel contrariae exhaeredationis, *successio necessaria formalis*, vel partem patrimonii certis personis relinquendam, *successio necessaria materialis*.

A. Successio necessaria formalis.

582. I. *Ius antiquum*. — 1^o *ius civile*. Ex iure civili *haeredes sui*, seu qui essent sub immediata patria potestate tempore confectionis testamenti, debebant a testatore institui vel exhaeredari. Filii mares debebant institui vel exhaeredari nominatim v. gr. *Titius filius meus exhaeres esto*, secus testamentum erat nullum. Filiae et nepotes poterant etiam exhaeredari formula generali, *inter ceteros* v. gr. *ceteri exhaeredes sunt*, et si praetermissi fuissent testamentum non erat nullum, sed personae praeteritae scriptis haeredibus accrescebant (2).

(1) D. 50, 16. de V. S. L. 120.

(2) *Gaius* II. 123-127.; *Paulus* III. 46. 8.; *Ulpianus* XXII, 16. 17. Accipere debebant virilem partem vel dimidiam, prout haeres institutus esset extraneus vel haeres suus.

Quae regulae valebant de filiis iam existentibus tempore confectionis testamenti. Relate ad postumos, initio non poterant ipsi nec institui nec exhaeredari, quia habebantur ut personae incertae (3); sed postumo adveniente testamentum rumpebatur. Quae regula postea extensa fuit ad filios, qui licet nati tempore confectionis testamenti, nonnisi postea venissent sub patriam potestatem testatoris (*quasi-postumi*). — Ad evitanda damna orta ex eo, quod agnatione postumi vel quasi-postumi rumperetur testamentum, varia introducta sunt remedia. Nam: 1º permissa est institutio vel exhaereditatio postumi nati post mortem testatoris (*postumi-legitimi*) *Ulpianus* XXII, 19; — 2º *Aquilius Gallus* induxit formulam, qua posset institui vel exhaeredari postumus descendens secundi gradus (*postumi Aquiliani*) (4); — 3º *Lex Iunia Velleia* permisit institutionem vel exhaereditationem descendantis nati durante vita testatoris, sed post confectionem testamenti (*postumi Velleiani*) (5). Eadem permisit exhaereditationem descendantis secundi vel ulterioris gradus, qui tempore testamenti non esset sub patria potestate testatoris, sed in eam postea subintrasset (*quasi-postumi Velleiani*) (6).

583. II. *Ius praetorium*. Ius civile non obligabat ad instituendos vel exhaeredandos filios *emancipatos*, nam subtracti a patria potestate non amplius erant *haeredes sui*. Sed cum praetor per edictum *unde liberi*, perinde ac *haeredes suos*, illos ad successionem vocavit, edixit etiam, ut sine distinctione sexus aut instituerentur aut exhaeredarentur, mares quidem *nominatim*, feminae *inter ceteros*; si omissum esset praetor ipsis

(3) *Ulpianus* XXII. 4. XXIV. 18.; *Gaius* II. 287. 241.

(4) Casus erat, si quis haberet filium et ex eo uxorem praegnantem. Huic postumo avus providere non poterat, quia inter suos nasciturus non erat. Mortuo filio, moritur avus, avoque mortuo nascitur nepos, qui propter patris praedeceßum inter suos avo agnascitur et rumpit testamentum. Formula erat: « Si filius meus, vivo me, morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis, post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus natave erit, haeredes sunt ». D. h. t. pr. et § 1-4.

(5) D. h. t. L. 29. § 11. 12.; *Ulpianus* XXII. 19.; *Gaius* II. 134.

(6) *Gaius* II. 133.; *Paulus* III. 4, 10.

tribuebat *bonorum possessionem contra tabulas* (7). Quae bonorum possessio testamentum non irritat, sed impedit executionem; quare haeres institutus retinet qualitatem *haeredis* sed *sine re*; filii praetermissi obtinent bonorum possessionem *cum re* ad normam successionis ab intestato et cum onere implendi legata aliaque a testatore imposita (8). — Rescriptum Marci Aurelii restrinxit ad portionem haereditariam civilem bonorum possessionem feminis vel descendantibus secundi gradus delatam (*Gaius* II. 126.).

584. III. *Reformatio Iustiniana ante Nov. 115.* Iustinianus (Cod. 6, 28. de lib. praet. v. exhaer. L. 4.) praescripsit, ut filii sine distinctione sexus et descendentes lineae paternae, sive *sui* sive *emancipati*, aut instituerentur an exhaeredarentur *nominatim*, ita ut eorum praetermissio induceret testamenti nullitatem et consequentem successionem ab intestato aut bonorum possessionem contra tabulas, prout ageretur de *suis* aut de *emancipatis*.

IV. *Ius Iustinianum novissimum* (Nov. 115.). Plena libertas instituendi vel exhaeredandi fuit sublata, atque praecedens systema fuit extensum ad omnes descendentes et ascendentes, qui ad successionem ab intestato vocantur. a) Testator habet obligationem instituendi descendentes et ascendentes eo ordine, quo vocantur ad haereditatem legitimam (cap. 3. pr. cap. 4. pr.); sufficit institutio quaecumque etsi minima (cap. 5. pr.): sed simplex legatum est insufficiens (cap. 3. pr.). Institutio haeredis continet honorem, et consequenter praetermissio institutionis eius, qui ab intestato vocatur, continet inhonorationem (cap. 5. pr.). -- Testator non potest exhaereditare ipsos, nisi ex iustis causis in ipsa lege definitis (cap. 3. pr. § 1.-14.; cap. 4. pr. § 1.-8.) et in ipso testamento ad valorem exprimendis et ab iis, qui fuerint instituti, quoad existentiam probandis.

b) Si testamentum nec institutionem nec validam exhaereditationem contineat, est obnoxium rescissioni, saltem quoad

(7) Inst. h. t. § 3.; *Gaius* II. 135.; *Ulpianus* XXII. 13. XXVIII. 2.

(8) D. 37, 4. de bon. p. contr. tab. L. 3. § 11. L. 8. § 14. L. 10. § 1.

institutiones et substitutiones vulgares, licet ceterae dispositiones valeant (Cfr. cap. 3. § 14. cap. 4. § 9.): rescisso testamento, fit locus successioni ab intestato. Ascendentes et descendentes ius suum prosecuntur actione *petitionis haereditatis*; praetermissi petunt rescissionem testamenti et partem haereditariam ab intestato per *querelam nullitatis*.

In hac tamen re non omnes interpretes consentiunt. Cfr. *Arndts-Serafini*, Pandette, III. 599. nota).

B. Successio necessaria materialis seu portio legitima.

(*Inst.* 2, 18. *de inoff. test.* — *D.* 5, 2. *eod.* — *C.* 3, 28. *eod.*).

585. Obligatio instituendi vel exhaeredandi *suos* vel *emancipatos*, de qua num. praecedenti, nullam imponebat restrictionem in iure aliquem excludendi a successione: quare ex una parte valide condi poterat testamentum, quin aliquid relinqueretur filiis sive *suis* sive *emancipatis*; ex alia parte, etiam relinquendo ipsis portionem patrimonii, sequebantur consecretaria praeteritionis, nisi adhibita fuisset forma institutionis haereditis. Inde factum est, ut, iuxta obligationem formalem instituendi vel exhaeredandi, induceretur usu et doctrina iurisconsultorum alia obligatio favorabilior proximioribus consanguineis, quibus datum est exigere ut a testatore sibi relinqueretur aliqua portio patrimonii (*portio legitima*).

Portio legitima est portio bonorum, qua testator privare non potest certas personas, quae ab intestato succederent, nisi existat iusta causa exhaeredationis. Quae personae in tantum et eo ordine habent ius ad portionem legitimam, in quantum essent haeredes ab intestato, cum ipsa non sit nisi pars portionis, quam reciperent, si haberent haereditatem lege sibi delatam.

In genere debetur: 1° descendantibus; 2° ascendentibus; 3° fratribus (et sororibus) germanis et consanguineis, sed tantum pro casu, quo fuerit instituta turpis persona (9).

(9) *Inst.* h. t. § 1.; *C. h. t.* L. 27.; *Nov.* 1. praef. § 2. Fratribus et sororibus uterinis aliisque collateralibus non debebatur portio legitima. *Inst.* ib.; *D. h. t.* L. 1.; *C. h. t.* L. 21. 27.

Ante nov. 118. legitima portio erat quarta pars illius portionis, quae ab intestato esset recepta; sed citata Nov. Iustinianus constituit, quod, quando portio ab intestato pertineret ad quartam partem patrimonii defuncti, legitima definiretur in tertia parte portionis ab intestato, in ceteris casibus in dimidia parte. Ad ipsam determinandam, ex massa omnium bonorum defuncti testatoris debent detrahi impensae funeris et debita: unusquisque in sua portione computare debet quidquid a testatore receperit titulo haeredis, legatarii vel donatarii mortis causa, item quidquid inter vivos acceperit titulo dotis aut donationis matrimonii causa factae.

Actiones ad repetendam legitimam portionem. Initio dabatur tantum *querela inofficiosi testamenti* contra haeredes testamentarios, qua rescindebatur testamentum et locus dabatur successioni ab intestato: postea (saec. III. p. Chr.) data est actio contra donatarios inter vivos ad revocandam vel reducendam donationem.

Iure Iustiniano dantur quatuor actiones: petitio haereditatis inducta per Nov. 115., antiqua *querela inofficiosi testamenti*, actio suppletoria ab eodem Iustiniano inducta et *querela inofficiosae donationis vel dotis*. — Prima pertinet ad descendentes et ascendentes pretermisso; altera pertinet ad fratres (et sorores) germanos et consanguineos, qui nihil receperunt; tertia pertinet ad eos, qui portionem legitimam incompletam receperunt; quarta tutatur portionem legitimam postulando reductionem donationum inter vivos et constitutiones dotium; quae illam laedunt.

CAPUT VI.

DE HAEREDITATE QUAE CESSAT DEFERRI

586. Notiones. Haereditas cessat deferri si vocatus moritur ante acquisitam haereditatem, quin ad proprios haeredes ius acceptandi transmisit, per subsequentem incapacitatem vel indignitatem vocati et per eius renuntiationem.

Cum deficit unus ex vocatis in haereditate testamentaria, eius pars defertur substituto, si adest; subsidiarie defertur

cohaeredibus iure accrescendi; si hi non adsint, haeredibus legitimis. In haereditate legitima pars deficientis accrescit cohaeredibus; in horum defectu haeredibus ab intestato subsequentibus. Pars indigni subest iure speciali; generatim prodet fisco.

I. De repudiatione haereditatis.

D. 29, 2, de acquir. v. omitt. haer. — C. 6, 31 de repud. vel. abst. haer.

587. Vocatus ad haereditatem generatim illam repudiare potest, sive *expresse* directe declarando voluntatem haereditatem non acceptandi, sive *tacite* seu actibus, qui aliter rationabiliter explicari non possint (D. h. t. L. 95.).

Conditiones ut renuntiatio sit valida duae sunt: 1° ut haereditas actu iam sit delata renuntianti; 2° ut renuntians sit capax alienandi, vel, si incapax, ei adsistat paterfamilias aut tutor vel curator (D. h. t. L. 94. L. 18. iunct. L. 8. pr.).

Effectus. Repudiatio renuntiantem excludit ab haereditate, nec revocari potest, cum statim pars renuntiantis deferatur aliis, quo impeditur subsequens renuntiantis acceptatio (C. 2, 21. de dolo malo L. 7.).

II. Beneficium abstinendi (C. 6, 31.).

588. Haeredes *sui et necessarii*, i. e. filii constituti sub potestate testatoris tempore mortis ipsius, acquirebant haereditatem pleno iure etiam sine ipsorum notitia, nec ius civile ipsis permittebat repudiationem. Sed praetor permisit, ut uterentur *beneficio abstinendi*. Erat ergo alia causa voluntaria omissionis haereditatis delatae pro iis, qui repudiationis iure uti non poterant: sufficiens erat, si non se immiscerent haereditati.

Effectus. Qui hoc iure utebantur id beneficii obtinebant, ut non possent adstringi ad subeunda onera haereditaria, quia creditoribus haereditariis in eos actio non dabatur. Interim haereditas ad alios transibat, sc. primo deferebatur substitutis, iis deficientibus iure adcrecendi cohaeredibus, in horum defectu haeredibus legitimis, omni haerede deficiente credi-

tores bonorum possessionem petebant ut procederent ad eorum venditionem. Sed haeres suus, iure abstinendi utens, ex capite haereditatis non poterat agere contra debitores; filia sua non tenebatur dotem conferre.

Inter repudiationem et abstentionem id erat discriminis, quod in prima ius et nomen haeredis perimitur; in altera non, sed solum exceptiones dantur adversus haereditarios creditores, inde rebus adhuc integris intra triennium poterat adiri haereditas.

III. Beneficium separationis patrimonii.

589. Potest invocari a servo a domino instituto (haeres necessarius) si successionem nec expresse nec tacite acceptavit (D. 42, 6. de separat. L. 1. § 18.). Inde servus manet cum titulo haeredis et subtrahitur a persecutionibus creditoris haereditarii quoad bona acquisita post mortem domini.

IV. De iure adcrendi inter cohaeredes (C. 6. 15. de cad. toll.).

590. A. Notio et historia. Est ius cohaeredum acquirendi eam haereditatis partem, quae cohaeredi defertur, sed ab eodem non acquiritur. — Aetate reipublicae locum habebat tum in testamentaria tum in legitima successione. Initio imperii leges *Iulia et Papia Poppaea* illud retinuerunt inter haeredes legitimos, inter testamentarios substituerunt ius vindicandi *caduca* constitutum favore patrum et Status seu publici aerarii (*caducorum vindicatio*).

Partes haereditariae *caducae* (i. e. a partibus vocatis non acquisitae) cedebant: 1° cohaeredibus, qui matrimonio iuncti et patres essent ac cum illo, a quo pars cadebat, *verbis* coniuncti fuissent, non necessario *re* et *verbis* (i. e. sive ad eandem sive ad distinctam partem simul vocati); 2° iisdem, licet non coniunctis ut supra; 3° legatariis coniugio iunctis et patribus; 4° Statui (i. e. initio *aerario*, postea *fisco*). *Gaius* II. 206. 207.

Remansit tamen ius adcrendi etiam inter haeredes ex testamento: 1° in casu, quo cohaeredis institutio nulla fuisset; 2° favore descendentium et ascendentium testatoris. (*Ulpianus* XVIII. 1.).

Systema legum caducariarum partim abrogatum fuit ab Honorio et Theodosio II (C. 8, 59. de iure lib. L. 1.), partim a Iustiniano, qui ius adcrendi inter cohaeredes restituit (C. h. t. L. un. pr. et § 14.).

591. B. ius iustinianum (1) 1° Pars vacans adcrendi ipso iure independentem a voluntate cohaeredis; adcrendi autem cum suis oneribus (antiquitus sine ipsis) (2).

2° Adiunctio partis vacantis fit tum favore cohaeredis, qui ad successionem venit, tum favore haeredis istius. V. gr. haereditas defertur Primo et Secundo; Primus adit et moritur, Secundus deficit et partem vacantem relinquit post mortem Primi, huius haeredes integram successionem recipiunt. Aliter accidit in substitutione.

3° Cum is, qui deficit, plures habet cohaeredes, hi integram successionem inter se partiuntur: *a*) in haereditate *testamentaria* ille qui deficit consideratur tamquam si institutus non fuisset. Quare cohaeredes, qui instituti sunt pro eadem parte et eadem dispositione (*re* et *verbis* coniuncti), gaudent iure adcrendi privilegiato et partem vacantem, ceteris exclusis, inter se partiuntur. In horum defectu iure adcrendi privilegiato gaudent instituti pro eadem parte (*re tantum* coniuncti), quamvis nonnulli interpretes aliter sentiant. Si omnes sunt instituti pro parte diversa, ius adcrendi locum habet favore omnium cum proportionem ad partem receptam, quamvis ipsorum nonnulli *verbis tantum* coniuncti sint, quae coniunctio non attenditur sed brevitatis causa censetur facta: hic tamen aliqui interpretes pariter dissentiunt. — *b*) in haereditate *legitima*, qui deficit consideratur tamquam mortuus ante testatorem.

(1) Fundamentum iuris adcrendi in eo ab aliis ponitur, quod nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest: ab aliis melius assignatur in hoc, quod qui haeres vocatur, ad integram successionem tamquam defuncti personam repraesentans vocatur; concursus cohaeredis est impedimentum ne totum capiat, quo sublato, sine nova acquisitione ius suum prosequitur ad integram successionem. Arg. D. 29, 2. de A. v. O. H. L. 53. § 1.

(2) D. eod. L. 53. § 1. L. 31. L. 61. § 1.; D. 31. de legat. II. L. 29. § 2.

CAPUT VII.

DE ACQUIRENDA HAEREDITATE

D. 29, 2. de acquir. v. omit. haer. — C. 6, 30. de iure delib. etc.

592. Notiones. Haereditas dicitur *adiri* (ire ad haereditatem): bonorum possessio *acquiri*: sed iure novo *aditio* et *acquisitio* fere promiscue sumuntur. Distinguendus: 1° haeres *necessarius* i. e. servus cum libertate haeres institutus, qui post mortem protinus independenter a voluntate liber et haeres fit; 2° haeres *suus et necessarius*, qui in potestate testatoris existit nec tempore mortis eius in alterius potestatem est recasurus (*Gaius* II. 156. sq.); 3° haeres *extraneus*, qui testatori non subiicitur diciturque etiam *voluntarius*, quia ei haereditas voluntate acquiritur. — In haeredibus *necessariis* vel *suis* delatio et aditio haereditatis confunduntur, quia delata haereditate statim et ipso iure haeredes fiunt, quin voluntarium factum requiratur; in *extraneis* delatio, quae a voluntate non pendet, distinguitur ab *aditione*, quae voluntatem seu acceptionem postulat.

I. De acquirenda haereditate civili.

593. Potest acceptari expresse vel tacite: *expressa* (*aditio*) cum vocatus directe verbo aut scripto declarat se velle esse haerodem: *tacita* (*pro haerede gestio*) cum ponit actus, qui aliter rationabiliter interpretari non possunt, v. gr. alienando res haereditarias, nec protestatio actui contraria valet, quia ut dicit Iulianus, est potius res animi quam facti (Cfr. L. 20. pr., 21. pr., 88. D. h. t.).

Conditiones ad acceptionis valorem requisitae sunt:

1° haereditas debet esse actu delata acceptanti (1);

2° requiritur certa scientia delationis et causae unde ipsa

(1) Quare non valet ante impletionem conditionis sub qua institutio facta est, nec acceptatio substituti antequam extinctum sit ius instituti. D. h. t. L. 21. § 2. L. 3.

oritur: unde inefficax esset acceptatio, si haeres ignorat mortem auctoris, aut commissam esse conditionem sub qua institutus fuit, aut errat vel incertus est circa delationem haereditatis per legem aut per testamentum (2);

3^o acceptatio debet fieri ab instituto personaliter, cum numeretur inter actus legitimos, qui non possint compleri per alium (3). Tamen haereditas delata personae iuridicae potest acceptari per administratores; delata pupillo in infantili aetate constituto acceptari potest a tutore vel patre-familias (4);

4^o acceptanti necessaria est *testamenti factio passiva* et capacitas sese obligandi, cum teneatur de debitis et ad onera imposita: quare pupilli et prodigi interdicti valide non acceptant sine auctoritate et consensu tutoris vel curatoris (5);

5^o haereditas debet acceptari prout est delata: quare adiri non potest neque sub conditione, neque in diem neque pro parte tantum; aditio sub conditione vel die est nulla, acceptance pro parte acquiritur integra haereditas (6).

594. *Tempus ad acceptandum.* Acceptatio fieri potest quocumque tempore, donec delatio non reddatur inefficax ob praescriptionem i. e. infra 30 annos. Quae iuris civilis regula fuit temperata iure praetorio, ex quo ii, quorum interest (creditores, legatarii, cohaeredes), possunt petere ut statim acceptet vel repudiet: tali petitione posita, vocatus potest petere *spatium deliberandi* (i. e. iure novo integrum annum vel novem menses, prout dilatio obtineatur a principe vel a magistratu):

(2) D. h. t. L. 19. 32. pr. et § 1. L. 15. ubi pro casu applicatur regula: *plus est in opinione quam in veritate*.

(3) Nihilominus post abolitionem *cretionis* mandatum acceptandi haereditatem valet tamquam *pro haerede gestio*.

(4) Arg. D. 36, 1. ad SC. Treb. L. 6. § 4.; C. 6, 30. de iure delib. L. 18. pr. § 2. Relate ad furiosum seu dementem Iustinianus imposuit curatori obligationem petendi bonorum possessionem, qua furioso non acquiritur ius irrevocabile, sed haereditas habetur ut non delata, si ille moriatur in statu dementiae vel recuperato mentis usu illam repudiet. C. 5, 70. de curat. fur. L. 8. pr.

(5) D. h. t. L. 8. pr.

(6) D. h. t. L. 51. § 2., L. 1. 2.

interim haeres potest se in haereditatem ingerere, ut cognoscat eius statum, inventarium si placet conficere, ea perficere quae sunt necessaria ad conservationem et administrationem bonorum, quin periculum incurrat ne ipsi opponatur tacita acceptatio (7). Si ante elapsum terminum vocatus acceptet, fit absolute haeres, salva facultate detrahendi Quartam Falcidiam in casu facti inventarii: si terminum decurrere permiserit, silentium accipitur pro acceptatione, vel pro repudiatione, prout intersit eius qui terminum praefigi petierit (8). — Si haeres fuerit institutus sub conditione intra certum tempus acceptandi, et intra ipsum non fuerit sequuta acceptatio, praevalet voluntas testatoris et institutus a successione exclusus manet (Arg. D. h. t. L. 72.) (9).

II. De acquirenda bonorum possessione.

(Inst. 3, 9. D. 37, 1. — C. 6, 9.).

595. In genere regulae pro acquirenda haereditate civili valent pro bonorum possessione, salvis his differentiis: 1° Bo-

(7) *Gaius* H. 162.; D. 28, 8. de iure delib. L. 1. § 1. L. 5. pr. § 1. L. 6. 7. § 3.; D. h. t. L. 20. § 1. L. 28.; C. 6, 30. de iure delib. L. 22. § 13.

(8) D. h. t. L. 69.; C. 6, 30 de iure delib. L. 22. § 14.

(9) *Cretio* (a cernere = decernere, constituere). Iure Romano antiquo saepe institutio fiebat sub conditione, ut haeres intra certum tempus (generatim 100 dierum) deliberaret, num sibi haereditatem adire expediret, adhibita formula: *Titius haeres esto, cernitoque in centum diebus proximis*; quo casu institutus intra praefixum terminum debebat acceptare haereditatem: *haereditatem adeo cernoque* (haec acceptatio dicebatur *cretio*). Initio tempus dilationis erat *continuum*, *cretio continua*; poterat tamen a testatore constitui tempus *utile* v. gr. adiunctis in formula verbis, *quibus scies poterisque*, tumque tempus currebat a die habitae notitiae institutionis et non computabantur dies impediti: atque hic erat modus ordinarius, *cretio vulgaris*. — Non sequuta infra praefixum terminum institutione, institutus excludebatur a successione: idem effectus habebatur si non adhibita fuisset formula requisita; nihilominus sufficiebant verba quaecumque, si pro casu omissae *cretionis* testator alium substituisset sine instituti exhaeredatione (*Gaius* II. 164-166., 171-173., 176.; *Ulpianus* XXII. 34.). Huiusmodi *cretio* sub ultimo tempore imperii (Cfr. D. h. t. L. 7. § 1.) disparuit: mansit tamen facultas testatori obligandi ad acceptationem infra certum tempus. D. h. t. L. 3. § 3.

norum possessio numquam acquiritur ipso iure, sed debet peti seu acceptari a magistratu infra annum pro descendentes, infra centum dies pro aliis, cuius temporis computatio est *utilis* non *continua*. Sufficit simplex declaratio, *de plano*; 2^o potest acquiri per alium, i. e. non solum in casibus in quibus id locum habet in haereditate civili, sed generaliter potest semper obtineri per mandatarium (D. h. t. L. 3. § 7.).

III. Effectus acquisitae haereditatis.

596. A. Haeres repraesentat personam defuncti atque unam cum ipso personam efficit (Nov. 48. praef.). Quare: 1^o succedit in omnes relationes iuridicas sui auctoris etiam cum alias essent intransferibiles, exceptis dumtaxat iis, quae inhaerent personae determinatae ideoque cum ipsa pereunt (10). Tenetur ergo de debitis haereditariis etiam personalibus ac *ultra vires haereditatis*, quas in tali casu ex propriis tenetur solvere, nisi usus sit beneficio inventarii (D. h. t. L. 8.); 2^o Patrimonium defuncti et haeredis in unum confunduntur: unde ius reale testatoris in rem haeredis vel huius in rem testatoris extinguitur; pariter extinguitur per confusionem obligatio (11). Creditores haereditarii et creditores haeredis habent aequale ius ad obtinendam solutionem ex novo patrimonio, quod per confusionem resultat. 3^o Actus domini ab auctore positi relate ad bona haeredis manent convalidati.

B. Haeres tenetur ad onera a testatore imposita, nominatim ad solvenda legata, quae obligatio censetur resultare ex quasi-contractu ob factum aditae haereditatis et extenditur ultra vires haereditatis, nisi usus sit beneficio inventarii, quo casu atiam gaudet quarta Falcidia (12).

IV. De beneficio inventarii et separationis patrimonii.

597. *Beneficium inventarii* constitutum est favore haeredis: supponit bona haereditaria non esse solvendis debitis, et pro

(10) D. h. t. (29, 2) L. 37.; Inst. 2, 4. de usufr. § 3.; Inst. 4, 12. de perpet. et temp. act. § 1.

(11) D. 8, 6. quem. servit. amitt. L. 1.; D. 46, 3. de solut. L. 95. § 2.

(12) Inst. 3, 27. de O. quasi ex contr. § 5.; Nov. 1. cap. 2. § 2.; C. h. t. L. 22. § 4.

tali casu haeredem liberat ab obligatione solvendi ultra vires haereditarias. — *Beneficium separationis* patrimonii constitutum est favore creditorum successionis et legatariorum: supponit haeredem non esse solvendo, et pro tali casu datur securitas praedictis creditoribus et legatariis (13).

598. *A. Beneficium inventarii* inductum fuit a Iustiniano (C. 6, 30. de iure delib. L. 22.). — I. *Conditiones*. Ut eo fruatur haeres non est necessaria ulla voluntatis declaratio, sed sufficit ut abstineat a petendo termino ad deliberandum (14) et describat in *inventario* seu *repertorio* omnia bona defuncti, his observatis regulis: Inventarium incipere debet intra triginta dies postquam noverit haereditatem sibi delatam et ipsum perficere intra alios sexaginta; si vero non sit praesens in loco, ubi reperitur maior pars bonorum, habet integrum annum. Debet confici in praesentia tabularii et eorum, qui sint creditores haereditarii vel legatarii et reperiantur in loco confectionis vel in horum absentia praesentibus tribus testibus. Debet rerum quantitates describere, facta declaratione, nihil fuisse absconditum vel subreptum; in casu fraudis tenetur ad duplum valoris. Demum debet inventarium subscribere; si autem nequeat, id faciat per alium, v. gr. per tabularium.

II. *Effectus*. Durante tempore ad inventarium concessio haeres potest opponere exceptionem dilatoriam creditoribus haereditariis et legatariis, pro quibus vicissim, cum agere non possint, praescriptio non currit. Praeterea haeres non debet subire detrimentum ex adita haereditate. Quare: 1º erga creditores non tenetur ultra vires haereditatis, detractis antea expensis funeris, insinuationis testamenti et inventarii; erga legatarios tenetur iuxta vires haereditatis, detracta quarta falcidia. Utrisque satisfacit eodem ordine quo veniunt, posteriores venientes, ubi nihil reliquum est, repellens; his tamen salvum manet ius agendi contra illos, quibus prius contra proprium ius satisfactum fuerit v. gr. creditoribus hypothecariis contra chirographarios, creditoribus contra legata-

(13) D. 42, 6. de separat. L. 1. § 1. L. 4. § 1.

(14) *Beneficium inventarii* et *beneficium deliberandi* cumulari non possunt, sed unum excludit alterum; cit. L. 22. § 14.

rios quia prius solvenda debita quam legata, cum prius sit debitis liberari quam exercere liberalitates et nemo *liberalis nisi liberatus* (cit. L. 22. § 5.).

2° Si haeres habebat creditum adversus auctorem, hoc creditum non extinguitur per confusionem, sed potest solutionem accipere ex bonis haereditariis; sed vicissim massae haereditariae solvere debet quod auctori debebat (cit. L. 22. § 9. 10.).

599. *B. Separatio patrimonii*, ex aequitate iure praetorio inducta, nihil est aliud quam seiunctio patrimonii defuncti ab haeredis patrimonio in eum finem a creditoribus haereditariis et legatariis postulata, ut cuncursum cum creditoribus haeredis effugiant. Debet impetrari a magistratu infra quinquennium ab adita haereditate (15). — Ius illam petendi competit creditoribus haereditariis, legatariis et fideicommissariis (16): negatur vero creditoribus personalibus haeredis, licet et ipsis utilis esse posset pro casu quo haereditas potius sit passiva (17).

Creditores et legatarii, qui separationem impetrarunt, ius habent, ut solutionem obtineant ex pretio bonorum haereditatis ante creditores personales haeredis (18): at ex alia parte privantur iure agendi contra patrimonium personale haeredis, licet solutis debitis aliquid remaneat ex illo patrimonio (19).

Separatio patrimonii obtineri non potest: 1° si haeres bona fide alienavit haereditatem. 2° si haereditaria et propria bona iam sunt commixta et nequeunt separari. 3° si novarunt proprium creditum vel acceperunt ab haerede cautionem.

(15) D. 42, 6. de separat. L. 1. pr. § 13.

(16) D. eod. L. 4. pr. § 1. L. 6.; C. 7, 72. eod. L. 1.

(17) Ratio datur L. 1. § 2. D. h. t. « *nam licet alicui adiciendo sibi creditorem, creditoris sui deteriores conditionem facere* » i. e. qui est debitor, non amittit libertatem contrahendi nova debita, et ita in casu novas obligationes suscipiendi erga creditores successionis. Attamen *extra ordinem* et ex gravi causa etiam illi creditores possunt a magistratu obtinere separationem, si v. gr. debitor haereditatem adit cum fraude ex intentione ipsis nocendi. D. h. t. L. 1. § 6.

(18) D. h. t. L. 1. § 1. 3. L. 3. § 2.

(19) D. h. t. L. 1. § 17. L. 5.

V. De actionibus quae competunt haeredibus.

600. Ad prosequendum suum ius haeredi imprimis competit *haereditatis petitio*, quae est actio petitoria; deinde fruitur remediis possessorii: *interdictum quorum bonorum*, *missio in bona defuncti*, bonorum possessio *Carboniana*, *ventris nomine et furiosi nomine*.

601. A. HAEREDITATIS PETITIO. (*D. 5, 3. de haer. pet. — C. 3, 31. eod.*). Est actio realis, assimilata *vindicationi* proprietatis, unde etiam vocatur *haereditatis vindicatio*, cuius tamen obiectum non est res determinata aut ius reale determinatum, sed complexus rerum atque iurium realium et iurium obligationis (*universitas iuris*); per illam intenditur recognitio iuris haereditarii.

Competit *haeredi* (sive *ex asse* sive *ex parte*); in origine dumtaxat haeredi *civili*, sed progressu temporis concessa fuit haeredi *praetorio*, haeredi fideicommissario universali post restitutionem haereditatis ipsi factam ac tandem ipsi emptori haereditatis (20). — Competit autem contra quemcumque, qui bona quaecumque haereditaria aut eorum aequivalens possidet sive titulo haeredis (*pro haerede*) sive sine titulo (*pro possessore*) (21). Non datur vero contra eum, qui possidet titulo particulari, cum hic ius haereditarium non laedat aut contestetur, sed proprietatem ideoque contra ipsum debet recurri ad *vindicationem* iuris proprietatis (22). — Actor debet probare tum suum ius haereditarium seu qualitatem haeredis, tum laesionem ipsius per reum conventum seu rei haereditariae possessorem factam, non vero ius proprietatis (23).

602. *Effectus* est obtinere declarationem, quod actor sit verus haeres et consequenter ut reus conventus obligetur ad restitutionem rei haereditariae cum omni accessione. Vi SC. sub Adriano promulgati, quod improprie dictum est SC. Iu-

(20) D. h. t. L. 1. 3.; D. 5, 5. de poss. haer. pet.; D. 5, 6. de fideic. haer. pet.; D. h. t. L. 54. pr.

(21) D. h. t. L. 9. iunct. L. 16. § 1.

(22) C. h. t. L. 7.

(23) Arg. D. h. t. L. 19. pr.

ventianum (a Inventio Celso), quoad extensionem condemnationis, facta est distinctio inter possessorem bonae fidei et malae fidei.

1° Possessor bonae fidei (qui probabiliter putavit se esse haeredem), ex una parte nihil debet lucrari, ex alia parte tenetur usque eo dumtaxat quo locupletior ex ea re factus sit (24). Quare si rem vendidit, debet restituere aequivalens acceptum (*pretium succedit in locum rei, et res succedit in locum pretii*); nihil debet pro re alienata titulo gratuito (25). Non tenetur ad usuras pecuniae non lucro datae, pro datis ad lucrum sufficit cessio actionis (26). Debet restituere omnes fructus civiles etiam ex causa turpi et omnes naturales etiam consumptos in quantum pepercit propriae substantiae (27). Sed non tenetur de amissione aut peioratione rei etiam ex culpa (28). — Sed a momento quo a reo convento facta est petitio restitutionis haereditatis ille tenetur sicut possessor malae fidei de omni damno ex culpa proveniente.

2° Possessori malae fidei applicantur omnes regulae statutae de ordinaria proprietatis vindicatione.

Contra petitionem haereditatis opponi potest: praescriptio extinctiva 30. annorum; exceptio doli propter impensas in re haereditaria factas, cum hoc tamen discrimine quod si possessor est bonae fidei habeat ius ad refectionem omnium expensarum tametsi res non amplius existat, e contra malae fidei possessori non debentur nisi expensae necessariae et utiles in quantum illis haeres factus sit locupletior. Praeterea possessor bonae fidei potest deducere credita quae erga haereditatem habeat et pecunias solutas creditoribus haereditatis, cedendo tamen haeredi *conditionem indebiti* quae forte contra illos creditores haberi possit.

603. B. INTERDICTUM « QUORUM BONORUM » (D. h. t. 43, 2. — C. eod. 8, 2.). Hoc interdictum competit *bonorum possessori*

(24) D. h. t. L. 28. L. 20. § 6.

(25) D. h. t. L. 22. 25. § 1. L. 25. § 11.

(26) D. h. t. L. 20. § 6. L. 30. L. 25. § 11. 15. L. 31. § 3. L. 40.

(27) D. h. t. 23. § 1. L. 25. pr. § 16. 20. L. 26. 40. § 1. 2. L. 55. L. 52.

(28) D. h. t. L. 25. § 11. 15. L. 31. § 3. L. 40.

dumtaxat, non haeredi civili; et est remedium mere possessorium, quod directe non tangit ipsum ius successionis (29). Quare actor tantum debet probare factum delationis et factum acquisitionis *bonorum possessionis*, nec reus potest ipsi opponere qualitatem haeredis. Sed vicissim sententia prolata non impedit, quominus pars succumbens possit intentare *petitionem haereditatis*.

604. C. BONORUM POSSESSIO (*C. 6, 33. de edict. D. Adr. toll.*). Haec bonorum possessio introducta fuerat ab Adriano in finem facilius obtinendi solutionem vectigalis (5 %) per legem *Juliam vicesimariam* impositi haereditatibus testamentariis, et non concedebatur nisi infra annum et post solutionem vectigalis. Sed abrogata iure novo illa lege Iulia, missio in possessionem bonorum defuncti conceditur illi, qui ex asse vel ex parte institutus testamentum iudici ostenderit non cancellatum neque abolitum neque ex quacumque suae formae parte vitiatum, nisi legitimo modo ab alio detineantur v. gr. ex praescriptione extinctiva vel acquisitiva, ex testamento recentiori apparenter valido vel legitimo titulo particulari (*C. h. t. L. 3.*).

Scholion. De bonorum possessione Carboniana et ventris nomine cfr. dicta n. 554.

De casu, quo adsint plures haeredes.

605. A. Principia generalia. Cum unius successionis adsunt plures haeredes, unusquisque indivisam accipit partem proportionatam parti haereditariae (30); est praecipua applicatio communionis accidentalis, de qua actum est in iure obligationis. Haec tamen communitas nec respicit iura realia indivisibilia nec credita nec debita; iura indivisibilia competunt omnibus pro indiviso, credita vero et debita ipso iure dividuntur inter haeredes cum proportionem ad partem haereditariam, pro qua parte unusquisque est creditor et debitor distinctus (31). — Testator hisce regulis derogare potest, si ipse di-

(29) Inst. 4, 15. de interd. § 3.; C. h. t. L. 3.

(30) Arg. D. 10, 2. fam. ercisc. L. 1. pr.

(31) C. 3, 36. fam. ercisc. L. 6.

visionem facit, quo casu quisque acquirit immediate portionem sibi attributam (32). Quae divisio est facienda in ipso testamento vel in codicillo (33); si tamen agatur de ascendenti respectu descendantium, qui sunt praesumpti haeredes ab intestato, etiam actu privato fieri potest ab ipso ascendente vel a descendantibus subsignato (34). Divisio illa impugnari potest ab iis, qui legitimam portionem sibi debitam non receperunt et dat etiam locum cautioni pro casu evictioni et pro vitiis occultis

Unusquisque cohaeres potest petere partitionem haereditatis per *actionem familiae erciscundae*, nec hoc potest excludi per conventionem contrariam nisi ad certum dumtaxat tempus (35). — Alius effectus concursus haeredum est *collatio*.

606. B. Actio familiae erciscundae (D. 10, 2. eod. — C. 3, 36. eod.). Competit haeredi, cuius iura haereditaria a cohaeredibus sint agnita; si qualitas haeredis contestata sit prius ab ipso est experienda petitio haereditatis (D. h. t. L. 1. § 1.): quae regula cessat si iam est in possessione haereditatis, cum eo casu nequeat petitionem haereditatis experiri. — Competit autem contra cohaeredes, tametsi actor haereditatem possideat (D. h. t. L. 24. § 1. L. 25. § 2.). — Eadem actio *utilis* datur haereditatis emptori et contra ipsum.

Actio *familiae erciscundae* habet pro scopo divisionem omnium rerum haereditarium communium; praeterea in iudicium familiae erciscundae veniunt praestationes personales, quae ex communione inter cohaeredes inductae sunt, aut lucri, aut damni aut impensarum nomine (36). — Si quid omissum fuerit non nocet, quia omissum deinde dividitur; sed in hoc casu agi debet iudicio communi dividundo, quia iudicium familiae erciscundae nonnisi semel dari potest (D. h. t. L. 20. § 4.; C. h. t. L. 18. § 1.).

(32) C. eod. L. 10.

(33) L. 10. cit. in f.; Nov. 18. cap. 7.

(34) C. eod. L. 26.; Authent. ad C. eod. L. 26.

(35) D. 10, 2. fam. erc. L. 1. pr.; D. 10, 3. comm. divid. L. 14. § 2.

(36) D. h. t. L. 1. pr. L. 22. § 4.; Arg. D. 10, 3. comm. div. L. 11. L. 14. § 4.

VI. De collatione (*D. 37, 6. de coll. — C. 6, 20. eod.*).

607. A. Historia. Institutum iuridicum collationis in legislatione romana agnitum est ipsa aequitate suadente, ne scilicet quis lucrum cum aliena iactura facere posset. Introductum autem fuit, postquam a praetore fuit concessum ius successionis liberis emancipatis. Nam quidquid hi acquirebant, sibi acquirebant; e contra quidquid *sui* acquirebant, patre superstite, in patrimonio paterno reputabatur ideoque augebat successionem paternam. Aequum ergo erat, ut liberi emancipati conferrent in successionem bona, quae sine emancipatione patrifamilias acquisivissent, ut aequalitas haberetur inter emancipatos et non emancipatos: atque hanc obligationem ipsis imposuit praetor (*D. h. t. L. 1. pr.*). Quae liberi emancipati *collatio* practicum momentum paulatim amittebat simul cum aucta filifamilias capacitate pro se acquirendi: quae capacitas cum iure Iustiniano facta sit absoluta (*Cfr. Nov. 115. 118.*), antiqua collatio liberi emancipati obiecto caruit (*C. h. t. L. 17.*).

Huic capiti edicti praetor adiecit clausulam, qua iubebat filiam sub potestate constitutam, bonorum possessionem contra tabulas petentem, debere cavere de dote, quam a patre acceperat, conferenda (37). Postea *Leo I.* et *Iustinianus* reddiderunt generale principium, quo innitebatur collatio dotis, atque obligationem collationis extenderunt ad alias liberalitates seu donationes ab ascendentibus factas descendantibus (*C. h. t. L. 17. L. 20.*); et inde ortum institutum collationis descendantium, quod quoad substantiam consistit in obligatione descendantibus imposita in massam haereditariam conferendi bona sibi donata ab ascendentibus.

(37) *D. h. t. L. 1. § 7.* Quae collatio dotis sequebatur regulas collationis ab emancipatis faciendae, cum hoc discrimine, quod debebatur etiam cum filia succederet *iure civili* et quod proderat etiam emancipatis, si ageretur de dote *profectitia* (*C. h. t. L. 4. 7.*). Collatio dotis *adventitiae* iure Iustiniano fieri non potuit, quia pater peculii adventitii tantum habet usumfructum; collatio vero dotis *profectitiae* iure Iustiniano confunditur cum collatione descendantium.

608. B. Haeredes ad collationem obligati sunt descendentes, qui succedunt ab intestato vel etiam per testamentum si etiam sine testamento fuissent haeredes legitimi, sive sint sive non sint subiecti patriae potestati, sive sint primi sive ulterioris gradus (38). Sed descendentes secundi et ulterioris gradus non tenentur ad collationem rerum, quae ipsis donatae fuerint ab eorum praemortuo auctore, nisi ipsius quoque fuerint haeredes; sed ea dumtaxat debent conferre, quae personaliter ipsis fuerint donata (C. h. t. L. 20.).

C. Collatio debetur tantum cohaeredibus descendentibus, qui sint haeredes ab intestato vel ab intestato successissent si non adesset testamentum (C. h. t. L. 17.). Quare si ultra descendentes adsunt alii coheredes, bona collata dividuntur inter conferentes et alios descendentes (39).

D. Res conferendae sunt dos, donatio nuptiarum causa et donatio facta ad emendum officium venale (*militia*) (40). Ceterae donationes simplices non conferuntur, nisi sint factae sub hac conditione vel alter cohaeres conferat dotem aut donationem propter nuptias aut donans dixerit se ita dare ut in legitimam imputetur. Legata non conferuntur (41).

E. Modus collationis est duplex, aut enim fit *re* aut *cautione*: fit *re* cum res ipsae conferuntur aut imputatur massae haereditariae ipsarum valor secundum aestimationem quam habebant tempore mortis illius, de cuius haereditate agitur: *cautione* fit, praestando cautionem de collatione facienda suo tempore, si actu fieri nequeat (42).

F. Collatio locum non habet: 1° si donatarius renuntiavit haereditati (C. 3, 36. L. 25.); 2° si testator ab ea dispensavit aut res perierit casu fortuito (Nov. 18. cap. 6.; D. h. t. L. 2. § 2.).

(38) Nov. 92. cap. 1.; Nov. 18. cap. 6.

(39) Arg. D. h. t. L. 1. § 24. L. 2. § 5. 7. L. 3. § 2.

(40) C. h. t. L. 17. L. 20.

(41) C. h. t. L. 20. § 1.; D. h. t. L. 1. § 19.

(42) D. h. t. L. 1. § 1. L. 5. § 1. L. 11. 12.; C. h. t. L. 5.; Nov. 97. cap. 6. Fructus ab haerede debentur a tempore delatae successionis; usurae a tempore quo est constitutus in mora. Ex alia parte habet ius ut sibi reficiantur expensae necessariae et utiles, in quantum maior valor rei est acquisitus.

CAPUT VIII.

DE AMISSIONE HAEREDITATIS

609. Haereditas amittitur ipsius venditione, abstentione liberi sub potestate, indignitate haeredis, rescissione testamenti ad petitionem personae quae legitimam debitam non recepit vel quae non fuit instituta ad normam Nov. 115. In casu venditionis successio prodest emptori; in aliis casibus valent regulae traditae pro casu quo deficiat haeres.

Cum de ceteris iam sit actum, remanet ut aliquid dicatur de venditione.

De haereditatis venditione (*D. 18, 4. — C. 4, 39.*).

610. Vendi possunt aut singularia bona haereditaria, aut ipsum ius haereditarium. In primo casu agitur de venditione communi: quare sicut valida est venditio rei alienae, ita esset valida venditio rei ad alicuius successionem pertinentis eo vivente facta ab eo, qui ad successionem vocabitur. Hic sermo est de venditione iuris haereditarii i. e. de venditione haereditatis, iam aditae, vel de venditione iuris ad haereditatem seu haereditatis dumtaxat delatae.

Conditio requisita est, ut decesserit is, de cuius agitur haereditate; non enim admittitur, utpote turpis, venditio haereditatis viventis, nisi hic consentiat et in consensu usque ad mortem perseverat (*C. 2, 3. de pact. L. 30.*). Sed nihil refert an sit adita vel tantum delata (*Gaius II. 35. 36.*).

Effectus est ut emptor omnia commoda et incommoda acquirat. Quare: 1° venditor tenetur emptori tradere res haereditarias vel earum aestimationem. Quoad evictionem, tenetur si evincatur ius haereditarium aut eius pars; non tenetur quoad singulas res, quae in haereditate inveniuntur (*D. h. t. L. 2. § 9. L. 14. § 1.*): nam venditio, ut supponitur non refertur ad singulas res: tenebitur tamen etiam de evictione singularis rei, si ex dolo non manifestavit illam rem non pertinere ad auctorem (*D. h. t. L. 2. § 3.*). De evictione, secluso

dolo, non tenetur venditor, in casu venditae haereditatis dumtaxat delatae (D. h. t. L. 10-12.).

2° Creditores haereditarii et legatarii retinent sua iura contra haeredem venditorem atque in eum habent actionem non in emptorem, cum pro ipsis venditio sit *res inter alios acta* (C. h. t. L. 2.): sed venditor habet recursum contra emptorem, qui debet sustinere incommoda successionis.

3° Si haeres habuit creditum adversus suum auctorem, illum retinet adversus successionis emptorem et vicissim (D. h. t. L. 2. § 18.).

4° Emptori competit actio utilis petitionis haereditatis et familiae erciscundae:

SECTIO ALTERA — *De legatis.*

CAPUT IX.

GENERALIA DE LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS

(*Inst.* 2, 20. *de legat.* — *D.* 30. (*I. II. III.*) *eod.* — *C.* 6, 37. *eod.*)

I. Principia fundamentalia (1).

611. *Legatum* est dispositio ultimae voluntatis, qua ei, qui aliquid acquirit ad haereditatem pertinens, iniungitur ut aliquam liberalitatem exerceat in favorem alterius (2). — *Legat-*

(1) Mors personae capacitate iuridica praeditae, non modo successionem universali (*in universum ius defuncti*), sed etiam successionem singulari locum dare potest; qua successionem singulari succeditur in certa bona vel iura defuncti, quin a succedente ipsius personalitas iuridica continuetur nec proinde de ipsius debitis respondi debeat nequidem in eo casu, quo res acquisita sit gravata hypotheca in ordine ad illius debiti satisfactionem. *Legatum, fideicommissum, donatio et capio mortis causa* sunt variae formae illius successionis singularis *mortis causa*.

(2) *Iustinianus* in *Inst.* h. t. § 1. ita definit: « *Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta* ». In nonnullis editionibus definitioni adiunguntur illa verba « *ab haerede praestanda* », sed in originario textu non videntur adesse et certe exprimunt conceptum non omnino verum in legislatione *Iustiniana*, in qua legati obligatio potest onerare legatarium vel donatarium mortis causa. Ob similem rationem minus exactae videntur definitiones *Ulpiani* XXIV. 1. « *Legatum est quod legis modo, i. e.*

tum differt abhaereditate in eo quod est successio indirecta, cum inter defunctum (*legans, legator*) et is, cui fit legatum (*legatarius*), intercedat persona media habens onus legatum exequendi (*persona onerata*). Inde fit:

1° legatum extinguitur si haereditas non est acquisita a personis primo loco vocatis, nec debetur ab haeredibus subsequentibus; quia cum primo vocatis desiit persona intermedia, cui legati executio commissa erat (D. de leg. (II.) L. 81).

2° si desit legatarius, qui nec substitutum habeat nec collegatarium, res legata prodest onerato (C. 6, 51. de caduc. toll. L. un. § 3. 4.); collegatarii vero eiusdem rei, uno deficiente totum legatum recipiunt iure accrescendi.

Iure antiquo legatum habebat necessario characterem successionis titulo particulari, etiam tunc cum pro obiecto haberet integram haereditatem vel eius partem; qui character in ius Iustinianaeum non transiit.

II. Legatorum divisio.

612. Distinguenda sunt legata proprie dicta et fideicommissa; legata universalia, legata particularia.

a) Legata universalia (*legata partitionis; fideicommissa haereditatis*) illa sunt, quae pro obiecto habent integram hae-

imperative, testamento relinquitur »; Florentini (D. de leg. (I) 30. L. 116. pr.) « *Legatum est delibatio haereditatis, qua testator ex ea, quod universum haeredis foret, alicui quid collatum velit* »; Modestini (D. de leg. (II) 30. L. 36.): « *Legatum est donatio testamento relicta* ». Sed iure Iustiniano etiam ab intestato legatum relinqui potest.

Ferrini « *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi* » plures proponit definitiones legati iuxta diversa iuris romani tempora. — Iure veteri esset: « *Transmissio dominii vel iuris in re propria testatoris directe ab eodem facta per actum ultimae voluntatis* ». — Iure classicae aetatis esset: « *Dispositio verbis imperativis exarata, vi cuius quis in testamento aut codicillo per testamentum confirmato transmittit sive directe sive indirecte ope haeredis beneficium pecuniarium alicui occasione et intuitu propriae mortis et super bona propria* ». — Iure Iustiniano esset: « *Dispositio quaecumque ultimae voluntatis, vi cuius quis sive directe, sive indirecte ope alterius, beneficium pecuniarium confert alicui super bona propria, occasione et intuitu propriae mortis* ».

reditatem vel quotam eius partem (3). De facto tamen legata proprie dicta non referebantur nisi ad partem haereditatis, hinc appellatio *legatum partitionis*, *legatarius partarius* (4). Sola fideicommissa etiam ad integram haereditatem referebantur (5). Haeres oneratus fideicommisso universali *haeres fiduciarius* dicebatur:

b) Legata particularia (*legata vel fideicommissa singulorum rerum*) illa sunt, quae fiunt de singulari et determinata re.

III. Historia legatorum.

613. Antiquum ius romanum agnovit quatuor species legati proprie dicti seu potius quatuor modos legatum relinquendi: *per vindicationem*, *per praeceptionem*, *per damnationem* et *legatum sinendi modo* relictum. (Gaius II. 192).

A. Legatum *per vindicationem* illud erat, quo testator ita rem suam animo liberali relinquebat, ut statim post eius mortem dominium in legatarium directe transiret. — Legabantur hoc modo res, quae ex iure quiritium testatoris erant atque in eius proprietate perseverabant tempore mortis; etiam hoc modo concedebatur ius in re propria. Inde appellatio *legatum proprietatis*. Species legati *per vindicationem* erat libertas a testatore directis verbis in testamento relicta (Gaius, II. 267. 272.).

Formula erat: *do — lego — do lego hanc rem Titio vel Titius hanc rem sumito — capito — sibi habeto* (Gaius II. 193.).

B. Legatum *per praeceptionem* illud erat, quo testator disponebat, ut cuidam ex pluribus cohaeredibus ante divisionem haereditatis aliquid ex ipsa praestaretur seu ipse haeres sibi *praeciperet* (praecipuum sumere). — Legabantur hoc modo res, quae tantum erant testatoris, vel etiam ipsius haeredis, non extranei (6).

(3) Cfr. Inst. 2, 23. de fideic. haer. § 8.

(4) Inst. eod. § 5.

(5) Inst. eod. § 8.

(6) In hac re tamen erat controversia inter Proculianos et Sabinianos; nam primi inter legatum *per vindicationem* et *per praeceptionem*

Formula erat: *Titius hanc rem praecipito* (*Gaius* II, 216. 217.).

C. Legatum per damnationem illud erat, quo testator obligationem imponebat haeredi rem aliquam praestandi alicui, ita ut per aditionem haereditatis haeres veluti contraheret cum legatario obligationem praedictam. — Legabantur hoc modo tam res testatoris, quam res haeredis, aut etiam res extranei.

Formula erat: *Haeres meus damnas esto hanc rem Titio dare* vel *damnas esto hoc facere* vel *hanc rem Titio dato* vel *hoc facito*. Item: *Haeredem meum hanc rem Titio dare iubeo* vel *hoc facere iubeo* (*Gaius* II. 204.; *Ulpianus* XXIV. 4.).

D. Legatum sinendi modo illud erat, quo testator haeredi praecipiebat, ut sineret legatarium rem legatam sibi sumere. — Legabantur hoc modo tam res testatoris, quam res haeredis.

Formula erat: *Haeres meus damnas esto sinere, Titium hanc rem sumere sibi que habere*. (*Gaius* II. 209. 211. 212. 214.).

614. Ex traditis notionibus apparent discrimina inter praedicta legatorum genera. In duobus prioribus obiectum debebat esse in proprietate testatoris tempore mortis, immo si ageretur de corpore certo etiam tempore confectionis; in duobus posterioribus id non requirebatur. Duo priora obiecti dominium directe transferebant in legatarium: duo posteriora ius tantummodo obligationis afferebant, quod ius legatarius persequabatur per actionem personalem, qua haeredem contringeret ad transferendam proprietatem modis a lege recognitis sc. mancipatione, in iure cessione vel traditione prout ageretur de rebus *mancipi* vel *nec mancipi*, et si haeres rem alienam legatam sibi procurare non poterat, tenebatur solvere eius aestimationem.

In unoquoque ex his quatuor modis observari debebat pro-

vix admittebant discrimen, unde legatum per praeceptionem agnoscebant etiam favore extranei; e contra Sabiniani tale legatum in favorem extranei nullum habebant. Praevaluit tandem opinio Proculianorum (*Gaius* II. 217. 221.).

pria verborum formula, qua continebatur tota legatorum vis; unde spreta speciali formula, inutile evadebat legatum (7).

615. Illa quatuor legatorum genera procedente tempore confusa sunt; cum enim simplicior et expeditior iurisprudentia invalesceret, nimis rigidum visum est, quod vis omnis legatorum ex formularum usu penderet. — Ergo: 1° per SC. *Neronianum* cautum fuit, ut quod minus aptis verbis legatum esset, perinde haberetur ac si optimo iure fuisset legatum. Quod principium praesertim applicabatur legatis per vindicationem, si v. gr. relictum fuisset res alterius; habebatur legatum ac si per damnationem esset factum (8). — 2° Imperator Constantius sustulit omnem verborum observantiam, ita ut quibusvis verbis relinqui possent (C. h. t. L. 21.); quatuor tamen genera manserunt, et si non constabat ex verbis recurrebatur ad intentionem; in casu dubii habebatur legatum per damnationem quia magis liberum. — 3° Tandem a Iustiniano legata omnia exaequata sunt quoad naturam et effectus; adeo ut, quibuscumque verbis relictum esset aliquid, liceret legatariis pro casuum diversitate illud persequi actione personali, reali et hypothecaria (L. 1. C. 6, 43.). — Ceterum etiam post hanc innovationem, legati effectus est diversus pro diversa natura rei legatae et prout haec ad legantem pertineat vel ad tertiam personam; non enim fieri potest ut legatum crediti eundem habeat effectum ac legatum rei corporalis determinatae et legantis propriae.

IV. Historia fideicommissi.

616. Fideicommissum proprie dictum sub finem reipublicae Romae apparuit. Ad ipsum factus est recursus ad evitandam

(7) Ad hoc praecise vitandum in usu erat, ut testator declararet quod saltem legatum valeret per damnationem (*Gaius* II. 197.; *Ulpianus* XXIV. 1.).

(8) Inde usu factum est, ut testator formulae legati per vindicationem insereret quoque formulam legati per damnationem: *do, lego, damnasque esto*. *Ulpianus* XXIV. 11^a. Ceterum ad vitandam caducitatem, quae ex minus apta formula adhibita haud erat difficilis, praesto aderat aliud remedium, nempe confirmatio generalis omnium legatorum in fine testamenti apposita. Cfr. D. 34, 3. de liberat. legata L. 28. § 2.

nullitatem legati collati in personam testamenti factione passiva carentem. Fideicommissa incapacibus relicta non habebantur caduca, nec lex Iulia caducaria de legatorum devolutione ipsis applicabatur; sed onerati erant liberi ad fideicommissi executionem. Sed hoc ipso quod fideicommissum non erat lege agnitum et incapaci relinquebatur, hic carebat actione ad postulandam executionem; tota vis consistebat in probitate et religione fiduciarii, *testator haeredis fidei committebat*. Cum autem in dies fideicommissorum usus excreceret, Augustus auctor fuit ut primam formam iuridicam reciperent, non quidem ea firmando certa et perpetua lege, sed consulibus auctoritatem suam certis in casibus interponere iubendo, cum essent facta in favorem personae capacis; in quem finem postea instituit iurisdictionem specialem, *praetor fideicommissarius* (9). Inde inter institutiones iure civili firmatas adnumeratum est fideicommissum seu *actus ultimae voluntatis, quo alicui relinquitur integra haereditas vel eius pars aut singulae ipsius res, cum onere eadem restituendi tertiae personae*.

617. *Discrimina inter legata et fideicommissa*. In genere in iurisprudentia classica fideicommissa erant magis libera et independentia a normis positivis iuris civilis. Nam: 1^o cum legata non possent imponi nisi haeredi *testamentario*; fideicommissa imponi poterant iis omnibus, qui aliquam liberalitatem mortis causa accepissent (10).

2^o legata iure civili debebant fieri per testamentum vel per codicillum testamentarium confirmatum (11), post institutionem haeredis, verbis solemnibus et imperativis. Fideicommissa fieri poterant sive testamento sive codicillo quo-

(9) *Gaius* II. 285. sq.; Inst. 2, 23. de fideic. haered. pr. et § 1. Quoad fideicommissa in favorem incapacis, si actio ad obtinendam executionem non fuit data, nihilominus sat diu tolerata est voluntaria executio, quin ipsis applicaretur lex caducaria, et solum initio iurisprudentiae classicae extensa fuit ad fideicommissa maxima pars incapacitatum aliquid testamento recipiendi; inde ut caduca habita sunt, quae personis incapacibus essent relicta. *Gaius* 285. 286. 286.^a initio.

(10) *Ulpianus* XXIV. 20. 21.; *Gaius* II. 270, 271.

(11) *Gaius* II. 270.^a 229.; Int. h. t. § 2.

cumque, quod codicillum iure classico erat instrumentum privatum et poterat habere formam privatae epistolae (12); poterat fieri etiam ante institutionem haeredis, verbis quibuscumque non necessario imperativis sed potius deprecativis (13).

3^o legata tribuebant modo ius reale, modo ius obligationis et erat obligatio stricti iuris, quam persequabatur legatarius *procedura per formulas* (14); fideicommissum solum producebat obligationem, quae erat bonae fidei et de qua cognoscebatur *cognitione extraordinaria* (15).

618. *Ius Iustinianum.* Sicut abolita fuit diversitas in constituendis legatis, ita legata et fideicommissa a Iustiniano aequiparata sunt (16); utraque subiecta sunt iisdem legibus communibus, desumendo ex antiquis legibus legatorum et fideicommissorum propriis, quae essent liberiores (Inst. h. t. § 3.). Quare fideicommissa sicut legata imponi possunt ei, qui aliquam liberalitatem mortis causa accepit; possunt relinqui testamento vel codicillo quocumque, ante vel post institutionem haeredis, verbis quibuscumque; semper produciunt obligationem bonae fidei; acquiritur pleno iure proprietates vel ius reale, si agitur de corpore certo, quod inveniatur in patrimonio testatoris.

CAPUT X.

DE CONDITIONIBUS AD VALOREM LEGATI REQUISITIS

619. I. Conditiones requisitae sunt: 1^o In legante requiritur capacitas; quae capacitas habetur in eo, qui habet facultatem testandi seu *testamenti factionem activam*. Quare hic re-

(12) *Gaius* II. 270^a; Int. 2, 25. de codic. pr.

(13) *Gaius* II. 269.; *Ulpianus* XXV, 1.

(14) *Gaius* II. 280. 278.

(15) *Paulus* IV. 1, § 18.; *Gaius* I. c.

(16) Iam SC. Neroniano et constitutione Constantii, quibus rigor systematis legatorum non parum fuerat temperatus, magna pars discriminis inter legatum et fideicommissum fuerat sublata: deinde vero sub imperatoribus graecis codicillum evaserat actus sollemnis. C. 6, 36. de codic. L. 8. § 3.

deunt, quae de subiecto capaci testandi supra cap. III. dicta sunt (1).

2^o Capacitas legatarii (persona *honorata*), quae pariter confunditur cum *testamenti factione passiva* et debet existere tempore confectionis legati et tempore delationis.

3^o Legatum debet esse impositum personae, quae habeat ad hoc qualitates requisitas (persona *onerata*).

4^o Debet agi de re sive obiecto, quod legari possit.

5^o Debet legatum in forma debita esse factum. Iam vero iure novo: a) legatum potest praecedere institutionem haeredis, ac potest relinqui sive testamento, sive codicillo, immo etiam simplici declaratione voluntatis oretenus facta vel per scripturam onerato traditam; quo ultimo casu existentia et quantitas legati probari non possunt nisi per iuramentum decisorium onerato delatum (2).

b) possunt fieri legata ad certum vel incertum tempus (C. h. t. L. 26.). Possunt legato adiungi conditiones tam suspensivae quam resolutivae, etiamsi habeant pro scopo legatarium costringere ad aliquid faciendum vel omittendum (legatum poenale) (3). Conditiones tamen impossibiles vel turpes habentur pro non adiectis (4): conditiones vero, quae nullam reddunt institutionem haeredis, eundem effectum ha-

(1) Ergo licet capacitas *facti* sufficit quod habeatur tempore confectionis, capacitas iuris sive capacitas civilis debet haberi et tempore confectionis et tempore mortis, licet non noceat incapacitas intermedii temporis. Quodsi nonnulli interpretes, innixi D. 32. de legat. (III), L. 1. § 1. 5., tenent capacitatem civilem solum requiri tempore mortis legantis, ex citato fragmento id non videtur concludi; nam decisio ibi data sese refert ad ius classicum, in quo efficacia fideicommissi non erat dependens ab observantia ullius formae: sed aequiparatis iure Iustiniano fideicommissis et legatis, non amplius videtur esse applicabilis illa decisio. Quare citatum fragmentum non videtur habere nisi momentum historicum.

(2) Inst. h. t. § 34.; Inst. 2, 25. de codicill. § 2.; Inst. 2, 23. de fideic. haer. § 34.; C. 6, 43. com. de legat. et fideic. L. 2.; C. 6, 42. de fideic. L. 32.

(3) Inst. h. t. § 36.; C. 6, 41. de his quae poenae nom. L. un.

(4) Inst. 2, 14. de haer. inst. § 10.; D. 28, 7. de condit. inst. L. 14.

bent in legatis (5). Tandem legatum relinqui potest cum modo, causa vel demonstratione.

c) In genere terminus certus (6), conditio et modus habent in legatis eundem effectum, quem habent in conventionibus. Nihilominus: 1° legatarius, praestita *cautione Muciana*, ius habet petendi solutionem legati relictī sub conditione, quae non verificatur nisi in ipsius legatarii morte (7). — 2° Conditio suspensiva verificata numquam habet effectum retroactivum (8). — 3° Ut possit exigī solutio legati sub modo relictī debet praestari cautio de modo implendo (9).

d) Sicut in institutione haeredis, error, dolus et fictio reddunt legatum nullum (10). Pro legatis factis sub falsa causa aut falsa demonstratione, pro interpretanda large voluntate legantis, eadem valent quae de institutione haeredis constituta sunt.

620. II. De persona onerata. Relate ad personam onerati (*is a quo legatum relictum est*) iure novo (11), quo legata et fideicommissa fuerunt aequiparata (12), legatum vel fideicommissum iis omnibus imponi potest, qui liberalitatem aliquam

(5) D. 30. (I) de leg. L. 64.

(6) Sicut in institutione haeredis, ita in legatis terminus incertus valet pro conditione suspensiva. Legatum solvendum cum legatarius moriatur est factum sub termino certo; sed est sub termino incerto si praestari debeat cum haeres moriatur. Ius antiquum, quo nullum habebatur legatum post mortem haeredis vel legatarii a Iustiniano fuit abrogatum. Inst. h. t. (2, 20) § 35.; C. 4, 11. Ut ab haered. L. un. Cfr. *Gaius* II. 232. 233. 277.; *Ulpianum* XXV. 8.

(7) D. 35, 1. de cond. et dem. L. 7. pr. L. 73. pr.

(8) D. 36, 2. quando dies leg. ced. L. 14, § 3.; D. 7, 1. de usufr. L. 12. § 5.

(9) D. 35, 1. de cond. et dem. L. 40, § 5. L. 80.; D. de legat. (III) 32. L. 19.

(10) Arg. C. 6, 34. si quis aliqua, test. prohib. y. coeg. L. 7.

(11) D. 32. de legat. (III) L. 1. § 6.: « Sciendum est autem eorum fidei committi quem posse, ad quos aliquid perventurum est morte eius ».

(12) Iure antiquo *legata* imponi non poterant nisi haeredi testamentario. *Gaius* II. 271.; *Ulpianus* XXIV. 20.

distinctam a libertate (13) ex voluntate defuncti (14) mortis causa recepturi sunt, sive directe (*dum eis datur*) sive indirecte (*dum non adimitur*) (15). Nihil interest utrum agatur de haerede testamentario vel ab intestato, de legatario aut fideicommissario, immo potest esse paterfamilias, in quem redundet liberalitas facta personae sub patria potestate habitae (16).

Generatim oneratus non tenetur ultra id, quo honoratus est, ita ut quod amplius est, inutiliter relictum censetur. Quodsi oneratus est haeres et sine beneficio inventarii haereditatem adiit tenetur ad totalitatem legati etiam ultra id, quo honoratus fuit (17).

Si legator personam oneratam expresse non designavit vel oneravit in genere haeredes, omnes haeredes tenentur iuxta quantitatem portionis receptae. Si omnes haeredes fuerunt nominatim onerati legato, unusquisque tenetur pro virili tantum parte, nisi aliter legator expresse constituerit (18).

621. III. De persona quae honoratur. Modo habeat testamenti factionem passivam, quilibet potest honorari legato, etiam ipse haeres, qui tamen non sit haeres *ex asse*. Quare si praestatio legati imponitur aliis cohaeredibus aut alicui ipsorum vel etiam successori singulari in favorem unius ex haeredibus, is ius ad legatum persequi potest penes cohaeredes per actionem *familiae erciscundae*. Quodsi onus legati in favorem unius haeredis imponitur ipsi haereditati, tum dicitur *praelegatum*, pro quo valet regula *haeredi a semetipso legari non*

(13) D. 30. de leg. (I) L. 94. § 3.; Inst. 2, 24. de sing. reb. per fideic. pr.

(14) D. 32. de leg. (III). L. 6. § 1.

(15) D. eod. L. 1. § 6.

(16) Inst. 2, 24. § 1.; D. 30. de leg. (I) L. 127. L. 11.; D. eod. (II) L. 77. § 1. L. 62.; D. eod. (III). L. 103. pr. L. 3, 4.; C. 6, 37. de leg. L. 24.; C. 6, 42. de fideic. L. 9.

(17) C. 6, 30. de iur. delib. L. 22. § 4.; Nov. 1. cap. 2. § 2. Sed haeres, qui inventarium fecit, cum possit detrahere quartam falcidiam, solum tenetur pro aliis tribus partibus haereditatis.

(18) D. 31. de legat. (II) L. 33. pr. L. 44. pr.; D. eod. (I) L. 53. § 3. L. 124.

potest seu inutiliter legatur (19): quare est nulla illa pars legati quam legatarius sibi solvere deberet. Illa pars manet *praelegatorio*, sed non *iure legati*, sed *iurè haereditario*; nisi adsint collegatarii, quo casu ipsis prodest servatis regulis de iure accrescendí inter collegatarios (20).

622. IV. De obiecto legati. Ad hoc ut aliqua res possit esse obiectum legati opus est: 1º ut sit certa et ita limitibus circumscripta ut certo cognosci possit; — 2º ut sit possibilis et licita; — 3º debet esse utilis legatario.

Quare legatum est nullum: 1º si res legata est ita indeterminata, ut legatum in merum arbitrium onerati sit coniectum (D. de leg. (I) L. 71. pr.). — 2º si res est extra commercium sive absolute sive respectu legatarii; nihil tamen refert quod sit extra commercium sive haeredis sive etiam legatoris quia v. gr. est in proprietate tertiæ personae. — 3º si agitur de re, quæ iam est in absoluta, esclusiva et irrevocabili proprietate ipsius legatarii: excipitur casus legati sub conditione relictí, si, cum purificatur conditio, res iam desiit esse legatarii.

Praestatio enumeratas qualitates habens est obiectum idoneum legati, tametsi agatur de re ad tertiam personam pertinente (21). Legatum rei non propriae, sed alterius, hunc habet effectum, quod oneratus rem redimere, eamque honorato praestare teneatur, vel saltem eiusdem aestimationem, si dominus eam alienare recusasset (22). Legatum tamen rei alienae tunc tantum valet, cum legator esse alienam sciebat; quare

(19) D. 30. de leg. (I) L. 18. 34. § 11. 116. § 1.; D. eodem (II) L. 34. § 1.; *Ulpianus* XXIX. 22.; *Fragm. Vatic.* 87.

(20) Cfr. L. 40. pr. de leg. (III) 32. et L. 34. § 11. L. 116. § 1. de leg. (I) 30.

(21) Sed, ad hunc effectum, res non habetur ut ad tertium pertinens, si est in proprietate haeredis, quem testator, cum in eum conferat liberalitatem, potest obligare ad rem suam legatario dandam. D. 31. de leg. (II). L. 67. § 8.

(22) D. 30. de leg. (I). L. 71. § 3.; D. eod. (III). L. 30. § 6.; *Inst.* 2, 20. de leg. § 4.

est nullum, si rem putabat esse propriam, nisi ex circumstantiis constet, quod etiam praeciso errore legatum tuisset relictum (23).

CAPUT XI.

DE ACQUISITIONE LEGATI.

I. Quando dies legati cedat.

D. 36, 2. quando dies leg. v. fideic. ced. — C. 6, 53. eod.

623. Sicut datur momentum, quo haereditas defertur seu successio, ut dicitur, est aperta; ita est assignatum momentum quo defertur legatum, seu, loquutione romana, *dies legati cedit*. *Dies* ergo legati *cedere dicitur*, cum legatarius acquirit ius ad legatum, ita ut legatum incipiat posse transmitti ad haeredes.

Illud momentum generatim est *mors testatoris*. Sed SCto. adiuncto legi Iuliae et Papiae Poppaeae effectum erat, ut dies legati non cederet nisi ex apertis tabulis testamenti (*Ulpianus* XXIV. 31.); quae dispositio eo expectabat, ut quamplurima legata subiicerentur legibus caducariis in favorem fisci. Sed Iustinianus illam dispositionem sustulit (C. 6, 51. de cad. toll. L. un. § 1.).

Regula generalis patitur exceptiones. Nam: 1° in legato sub conditione suspensiva dies cedit solummodo et post mortem testatoris et post existentem conditionem, ita ut legatarius decedens ante conditionis eventum, licet post haereditatis aditionem, ad haeredes illud non transmittit (1). Quodsi ageretur de conditione potestativa negativa, quae potius est modus, legatarius, praestita *cautione Muciana*, legatum habere poterat. — At legatum sub die certo eodem censu habetur ac legatum purum, ideoque statim dies cedit a morte testatoris (2);

(23) Cfr. in L. 10. C. de leg. (6, 37.) praesumptionem, quae de hac re habetur in casu legati relictī personae cum testatore coniunctae.

(1) D. h. t. L. 4. pr. L. 5. § 2. L. 21. pr. L. 25.; C. h. t. L. 3, 5.

(2) Si legatum est sub die incerto, et dies est *incertus an et quando*

2º In legato servitutis personalis, puta ususfructus, usus, habitationis, dies legati non cedit ante aditam haereditatem (3). Idem dicendum de legato relicto servo proprio cum libertate et de legato relicto servo alteri legato (4).

II. De acquisitione legati — Quando dies legati venit.

624. Legatum acquiritur, seu loquutione romana *dies legati venit*, cum ingreditur in proprium legatarii patrimonium i. e. cum legatarius ius suum utiliter exercere, illudque, quod debetur, efficaciter petere potest (Cfr. D. 50, 16. de V. S. L. 213.) (5).

1º In genere, omnia, quae testamento sine die vel conditione adscribuntur, ex die aditae haereditatis praestari debent (6). Ergo legata pura ex eo die sunt praestanda.

2º Legata sub conditione aut die sunt praestanda, cum conditio aut dies venerint, si tempore aditae haereditatis adhuc non exstiterint. Adveniente vero conditione aut die, simul concurrunt et *dies cedit* et *dies venit* (7).

3º legata, quae constituuntur tempore aditae haereditatis, uti legatum usus, ususfructus, habitationis, pariter admittunt concursum diei cedentis et diei venientis.

Inter scholas Sabinianorum et Proculianorum disputabatur, num die veniente, statim ipso iure acquireretur legatum etiam legatario ignoranti, an potius requireretur prae-

vel est solum *incertus an*, in utroque casu facit conditionem in legatis; si solum est *incertus quando* legatum est purum cum certum est diem extitutum in vita legatarii, secus est conditionatum. D. h. t. L. 46.; C. h. t. L. 5.

(3) D. h. t. L. 2. 3. 5. § 1. 7. 9.; C. 6, 51. de caduc. toll. L. un. § 6.; Fragm. Vatic. 55, 60.

(4) D. h. t. L. 10. 11. 12. pr. et § 1. 3. L. 23. Cfr. quoque L. 1. C. h. t.

(5) Inde apparet discrimen inter diem cedentem et diem venientem; in primo acquiritur ius ad legatum, quod ius ad haeredes transmitti potest; in altero legatarius potest exercere ius in legatum acquisitum seu potest exigere eius praestationem.

(6) *Modestinus* in D. de legat. (II) 31. L. 32. pr.

(7) D. 36, 2. quando dies. L. 21.

terea expressio voluntatis eiusdem (*Gaius* II. 195.). — In legislationem Iustinianeam, quamvis de hac ipsa re ferveat adhuc interpretum controversia, videtur transiisse Sabinianorum sententia, qui putabant necessariam haud esse agnitionem legatarii, ad hoc, ut die veniente ipsi acquireretur legatum; ideoque iure Iustiniano, veniente die, pleno iure legatum acquiritur legatario independenter ab eius acceptatione (8).

III. Effectus acquisitionis legati.

625. a) Iura legatarii. In omni casu legatum validum producit in onerato obligationem exequendi praestationem, quae legati obiectum est; quae obligatio censetur nasci ex *quasi-contractu* (9), nam in acceptanda haereditate vel liberalitate, ex qua dependet legatum, reputabatur oneratus erga honoratum obligatus, perinde ac si cum eo stipulatus fuisset. Exequutionem huius obligationis legatarius persequitur per actionem personalem (*actio legati, actio personalis ex testamento*), quae iure Iustiniano est actio bonae fidei, sicut antea erat petitio fideicommissi (10). Qui legato oneratur respondet de culpa lata, immo etiam de levi si ex re legata emolumentum percepit: sed non respondet de casu fortuito, qui *absolute* impossibilem reddat praestationem; nec tenetur de evictione, quam patiaturs legatarius; nec tenetur propter servitutem praedialem, quae rem legatam gravet (*D. de leg. (I) L. 69. § 3.*).

Quodsi agitur de legato, cuius obiectum est res certa testatoris, datur legatario *actio realis*, quam experiri potest adversus quoscumque rei detentores (11).

Iure Iustiniano praeterea concessa est actio hypothecaria in omnibus bonis, quae ex defuncto ad oneratum pervene-

(8) *D. 28. 1. qui test. fac. poss. L. 16. § 1.; D. 31. de leg. (II). L. 77. § 3.*

(9) *Inst. 3, 27. de oblig. quae quas. ex contr. § 5.; D. 50, 17. de R. I. L. 19.; D. 44, 7. de oblig. et act. L. 5. § 2.*

(10) *C. 6. 43. com. de leg. et fideic. L. 1. 2.*

(11) *C. eod. L. 1. 2.*

rint, et datur adversus quemcumque detentorem rerum, quae ex bonis defuncti ad legati debitorem pervenerint: res enim illae nonnisi cum onere suo in tertium transire poterant (12).

Si legatum pluribus sit relictum, iure Iustiniano (13), singuli legatarii habent ius ad virilem portionem, nisi testator contrariam voluntatem expresserit (14). Si inter collegatarios, alii rem eadem dispositione receperint (*re et verbis coniuncti*), alii distinctis dispositionibus, priores considerantur ut una persona et unam portionem accipiunt inter ipsos dividendam (15).

626. b) Iura onerati. 1° Potest petere refectionem expensarum in re legata factarum (D. de leg. (I). L. 58-60.).

2° Si legatarius propria auctoritate se immisit in possessionem rei legatae, potest petere restitutionem et refectionem damnorum per interdictum *quod legatorum* (D. 43, 3. quod leg. L. 1. § 1. 2.).

3° Habet ius ad repristinationem servitutis praedialis, quae rem legatam gravaret favore sui praedii, quae fuerat extincta per confusionem (D. de leg. (I). L. 70. § 1.).

4° Haeres oneratus habet ius ad detrahendam quartam Falcidiam.

(12) Cit. L. C. eod. Legatarius eligere poterat, qua actione agere vellet: at urgeri actio utiliter non poterat, nisi legati dies advenisset. Antequam dies veniret, si ageretur de legato sub die aut sub conditione, legatarius obtinere poterat ab onerato cautionem de praestando legato: qua non praestita, infra sex menses legatarius obtinere poterat possessionem rei legatae aut bonorum haereditariorum, *gratia custodiae vicariae*; post sex menses quin cautio praestaretur, missio fiebat ex secundo decreto in bona pecuniaria onerati, hac quidem vi, ut fructus quoque legatarius inde perciperet, eosque primum in usuras dein in sortem sibi debitam imputaret. — A cautionis obligatione liberi erant fiscus, municipium, parentes et fratres legatarii. — Disputatur, num missio legatarii, propter firmitatem sui iuris servandi, iure Iustiniano fuerit abolita.

(13) Aliud obtinebat iure ante-iustiniano. Cfr. *Gaium* II. 199. 223. 205. 215.; *Fragm. Vatic.* 85. i. f.

(14) C. 6, 51. de caduc. toll. L. un. § 11.; D. 31. de leg. (II). L. 16.

(15) D. 7, 2. de usufr. accresc. L. 7.; D. 30. de leg. (I). L. 34. pr.

CAPUT XII.

DE QUARTA FALCIDIA.

*Inst. 2, 22. de leg. Falc. — D. 35, 2. ad leg. Falc.
C. 6, 50. eod.*

627. I. Historia. Lege XII. Tabularum ita erat libera legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare; quare facile recusabant scripti haeredes haereditatem adire, ex qua nullum aut minimum lucrum reportarent (*Gaius* II. 224. sq.): quae haereditatis repudiatio testamentum infirmabat et consequenter etiam legata. — Anno ante Chr. 183. fuit lata lex *Furia* testamentorum, qua exceptis quibusdam personis, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non fuit. Paulo post (anno a. Chr. 169.) lex *Voconia* vetuit, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam haeredes caperent. Sed illae leges non potuerunt impedire, quin testator relictis plurimis legatis parvis nimium haereditatem minueret. — Anno tandem a. Chr. 40. lata est lex *Falcidia*, qua cuique haeredi debebat manere integra quarta pars portionis haereditariae. Sed haec lex solum cavebat de haeredibus nimium legatis oneratis: *SC. Pegasianum* sub Vespasiano extensionem fecit ad legata et fideicommissa (*Gaius* II. 254.); et in legislatione Iustiniana quicumque haeres (C. h. t. L. 11.) potest detrachere quartam Falcidiam in quacumque liberalitate mortis causa non haeredibus facta (C. h. t. L. 10. 18.). Iure classico detractio nem quartae testator prohibere non potest, Iustiniano potest (C. h. t. L. 11.; Nov. 1. cap. 2. § 1. 2.).

628. II. Quis iure polleat ad quartam Falcidiam. Hoc ius pertinet ad haerodem, modo fecerit inventarium, secus enim valor integrae successionis reputatur ignotus. Cum plures sunt haeredes, unusquisque ius illud habet relate ad propriam partem haereditariam, tametsi legatorum omnium summa non superet tres partes universae successionis, cum lex *Falcidia* pro scopo habeat impellere ad haereditatem adeundam, reddendo

unicuique haeredi securam obtentionem quartae partis suae portionis haereditariae (Inst. h. t. § 1.). — Legatario illud ius non competit: si tamen legatum diminutionem ex falcidia passum fuerit, onera quoque huic legato imposita deminutionem pro rata recipere aequum est (D. h. t. L. 32. § 4.), nisi aliter testator disposuerit.

629. III. De determinatione et retentione quartae Falcidiae. Computatio debet fieri per aestimationem patrimonii defuncti, quanti vere fuit tempore mortis: unde si quid novi accedit iacenti haereditati, non prodest legatariis; si quid diminutum sit, nocet haeredi (1). Pars negativa patrimonii detrahenda est, seu debita non sunt computanda, nec expensae funeris, nec pretium servorum manumissorum. Inde sumitur valor quartae partis successionis, quae comparata cum summa legatorum, ostendit utrum maneat ea quarta pars integra.

Quodsi haeres, independenter ab haereditate, alias mortis causa accepit liberalitates, hae in quartam non computantur, sed cum ipsa cumulantur (2).

630. IV. Cessatio iuris. 1° Iure Iustiniano testator potest prohibere, ne quarta detrahatur, sive respectu omnium legatariorum, sive respectu aliquorum (3).

2° Cessat respectu legati facti a milite in testamento vel codicillo iure militari confecto (4).

3° Cessat respectu nonnullorum legatorum privilegiatorum v. gr. favore causae piae (5), vel ad complendam portionem legitimam (6).

(1) § 2. Inst. h. t.; D. h. t. L. 30. pr. § 4. L. 56. § 1. L. 73. pr. L. 3. 30.

(2) D. h. t. L. 91.

(3) D. h. t. L. 88. § 2.; Nov. 1. cap. 2. § 2. Iure antiquo non poterat, D. h. t. L. 15. § 8. — Renuntiatio haeredis non videtur esse possibilis iure Iustiniano (Nov. 1. cap. 3.), cum antea esset (D. h. t. L. 15. § 2. L. 16.).

(4) D. 6, 21. de test. milit. L. 12.; D. h. t. L. 17, 32, 36.; C. h. t. L. 7.

(5) Nov. 131. c. 12.; C. 1, 3. de episc. et cler. L. 49.

(6) C. 3, 28. de inoffic. test. L. 36. pr.

CAPUT XIII.

DE IURE ACCRESCENDI INTER COLLEGATARIOS.

D. 7, 2. de usufr. accrescendo. — C. 6, 51. de caduc. toll.

631. Ius accrescendi est ius, vi cuius res quae pluribus legata fuit, si unus deficit, accrescit collegatariis. Hoc ius fundatur in vocatione plurium ad idem legatum, qua testator manifestat suam intensionem, ut totalitas legati tradatur iis, qui ad legatum perveniunt: sicut ius accrescendi inter cohaeredes fundatur in hoc quod haeres per se vocatur ad integram successionem, cum debeat repraesentare personam defuncti.

632. *Iure Iustiniano* (1) ius accrescendi habet locum favore eorum collegatariorum, quibus legata est eadem res ac legatario, qui deficit, sive eadem dispositione (*re et verbis* coniuncti), sive diversis dispositionibus (*re tantum* coniuncti) (2): non habet locum favore eorum, quibus legatae sunt res diversae vel partes diversae eiusdem rei (3), etiamsi legatarii

(1) Ius accrescendi inter collegatarios olim pendebat a formularum usu, quippe admittebatur in legatis per vindicationem et praeceptionem, excludebatur in legatis per damnationem et sinendi modo (*Gaius* II. 199.; *Ulpianus* XXIV. 12, 13.). — Vetus systema radicitus mutatum fuit per legislationem caducariam quae induxit vindicationem caducariorum, tam in legatis, quam in fideicommissis, imprimis favore eorum, qui fuissent *collegatarii uxorati et patres, verbis coniuncti* cum eo, cuius legatum deficiebat; deinde favore eorum qui fuissent *haeredes* pariter *uxorati et patres*; deinde favore eorum, qui fuissent *legatarii* pariter *uxorati et patres* sed *non coniuncti*; tandem favore status. In praedicto systemate ius accrescendi fuit servatum dumtaxat in casu legati non existentis, in casu praelegati relictis haeredibus descendentibus aut ascendentibus testatoris et in casu ususfructus. Cfr. *Gaium* II, 207.; *Ulpianum* XVII. 1. 2., XXXI. 1., I, 21.; C. h. t. L. un. pr. § 3.

Sed illud systema caducariorum fuit demum abrogatum, partim ab Honorio et Theodosio II., partim a Iustiniano, qui ad omne legatum ius accrescendi extendit. C. h. t.

(2) *Inst.* 2, 20. de leg. § 8.

(3) *D. h. t. L.* 11. 12.

fuissent coniuncti eadem testatoris dispositione (*verbis tantum* coniuncti) quia illa coniunctio censetur facta brevitatis causa (4). — Si inter collegatarios, alii rem acceperunt eadem dispositione, alii separatis dispositionibus: posteriores iure accrescendi non gaudent; priores gaudent, hi enim soli passi essent diminutionem ex concursu legatarii deficientis (D. h. t. L. 1. § 2.).

Ut quis fruatur iure accrescendi, non requiritur acceptatio, sed fit ipso iure, et quidem ea ratione, ut is cui accrescit pars deficientis legatarii non teneatur de oneribus, quae ipsam gravant, si deficiens fuit vocatus per separatam testatoris dispositionem. Si tamen cum legatario deficiente fuit vocatus eadem dispositione, tenetur de oneribus partem vacantem gravantibus, sed potest repudiare illam partem renuntiando iuri accrescendi (5).

633. *Ius accrescendi in legato ususfructus.* In usufructu pluribus relicto ius accrescendi habet hoc speciale, quod non solum pars deficientis, sed etiam pars quae iam acquisita fuerat, deficiente collegatario aliis accrescit, et quod in eius quoque persona locum habet, qui suam fortasse partem amiserit (6).

CAPUT XIV.

DE INVALIDITATE, REVOCATIONE

ET TRANSLATIONE LEGATI.

I. De invaliditate legati.

D. 34, 7. de regula Catoniana.

634. I. Praeter defectum conditionis requisitae ad valorem, legatum potest esse nullum ex adveniente circumstantia, quae respiciat testatorem, legatarium, oneratum vel rem legatam.

(4) D. h. t. L. 11.; Arg. D. 28, 5. de haer. inst. L. 66. i. f. — Aliter nonnulli interpretes de hoc ultimo casu sentiunt.

(5) C. h. t. L. un. § 11. Iure antiquo numquam aderat obligatio ad onera, quae gravabant partem vacantem.

(6) D. h. t. L. 1. pr. et § 3. L. 10.

a) *Ex parte testatoris* legatum infirmatur, si ille capacitatem civilem amittat nec eam ante mortem recuperet, vel si legatum revocet.

b) *Ex parte legatarii* infirmatur, si ipse moriatur antequam dies cedat; si fit incapax antequam dies veniat; si legato renuntiat (1); nonnunquam etiam si legatarius rem legatam alio titulo adquisierit (2). — *Renuntiatio* legati subiaceret iisdem regulis, quibus renuntiatio haereditatis: supponit diem venisse (3) et legatarium habere capacitatem alienandi. — *Acquisitio rei* alio titulo, si est facta titulo *oneroso*, dat legatario ius ad pretium acquisitionis, quod debet praestari ab onerato, et in hoc sensu legatum subsistit (4). Si est acquisita res titulo *lucrativo*, legatum infirmatur, quia caret obiecto, habetur casus concursus duplicis causae lucrativae (5).

c) *Ex parte onerati* legatum infirmatur, cum ille deficit, et is, ad quem onus devolveretur, non tenetur ad eius executionem: talis est casus, in quo deficiunt haeredes primo loco vocati; legata non debentur ab haeredibus subsequenter (D. 31. de leg. (II) L. 81.).

d) *Ex parte obiecti* legatum infirmatur, si res perit sine culpa onerati vel fit extra commercium (Inst. h. t. § 16.).

635. II. Legatum originarie nullum non convalidatur, si postea cesset causa unde nullitas provenit. Est generale principium regulae iuris 29. huic casui applicatum per *Regulam Catonianam* (6). Quae regula non applicatur legatis conditio-

(1) D. 30. de leg. (I) L. 44. § 1.

(2) Inst. h. t. § 6.

(3) Contrarium in D. 31. de leg. (II). L. 45. § 1.: sed. cfr. Windscheid III. § 643. n. 4.

(4) Inst. h. t. § 6.

(5) Inst. h. t. § 6.

(6) Inst. 2, 20. de leg. § 32. textus regulae est: « quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandoque decesserit, non valere ». Quae regula etiam iure Iustiniano videtur valere: etsi enim esset verum, quod non valeret antea pro fideicommissis, Iustinianus ita fideicommissa aequiparavit legatis ut eadem solemnitate fieri debeant. Quare L. 1. § 1. 5. de legat. (III) non videtur habere nisi momentum historicum.

natis, nec iis, cuius dies cedit, non mortis tempore, sed post aditam haereditatem; quia inter tempus mortis et diem cedentem potest evanescere causa nullitatis antequam haec suum effectum producere possit (7).

636. III. Legatum nullum vel infirmatum aliis prodest hoc ordine: 1° Primo loco personae substitutae, respectu cuius legatum est conditionale, i. e. si primo vocatus defecerit (8). Hic tamen pleno iure tenetur ad onera primo legatario imposita (9); 2° Secundo loco prodest collegatariis iure accrescendi et modo iam ante explicato; 3° Tertio loco prodest ipsi onerato (10); qui non tenetur ad onera, si legatum erat nullum, cum accessorium sequatur principale; tenetur vero ad onera si legatum fuit infirmatum (11).

II. De legati revocatione et translatione.

Inst. 2, 21. de adem. et transl. leg. — D. 34, 4. de adim. et transf.

637. I. *Revocatio* legati fieri potest a testatore sive *expresse* per simplicem voluntatis manifestationem, nulla determinata forma adstrictam, sive etiam *tacite* (12). Tacita habetur revocatio, si voluntarie rem legatam alienet, non vero si coacte (13). Si partialis est alienatio, idem ius valet pro parte alienata; altera pars debetur. Si testator in re legata concessit aliquod ius reale, res legata debetur, sed non debetur libera a iure reali concesso, nisi concessio fuerit coacta (14).

638. II. *Translatio* legati est substitutio novi legati in locum alterius; quare aequivalet revocationi unius et constitu-

(7) D. h. t. L. 3.

(8) D. de leg. (II). L. 50. pr.; Arg. D. 34, 4. de adim. v. transf. leg. L. 3. pr.

(9) Arg. D. de leg. (I). L. 74.

(10) D. de leg. (II). L. 17. pr.; Arg. C. 6, 51. de caduc. toll. L. un. § 3. 4. 7.

(11) Cit. L. un. § 3. 4. 9.

(12) Inst. h. t. pr.; D. h. t. L. 16.

(13) D. h. t. L. 24. § 1.; D. de legat. (III). L. 11. § 12.

(14) Inst. 2, 20. de leg. § 12.

tioni alterius (Inst. h. t. § 1.). Hinc debent verificari conditiones requisitae ad revocationem et ad constitutionem. Postest esse *objectiva* vel *subiectiva*.

1° *Objectiva* consistit in mutatione facta ipsius rei legatae vel in eius accessoriis (15). Si legatum revocatur sub conditione, admittitur novum legatum sub conditione suspensiva contraria alteri conditioni (16).

2° *Subiectiva* est mutatio facta in persona, quam testator potest facere, vel substituendo novum legatarium antiquo, vel novum oneratum priori (17).

CAPUT XV.

DE SPECIALIBUS QUIBUSDAM LEGATIS.

639. I. Legatum generis habetur, cum res ex genere aliquo legantur, specie non definita, v. gr. legatum equi.

Ius eligendi spectat ad legatarium, nisi expresse fuit tributum haeredi aut in successione non reperiatur res eius generis (1). — Electio primo loco est facienda inter res haereditarias, si reperiatur, nec a legatario potest eligi *optimum*, nec ab onerato offerri *pessimum* (2). — Si legatario *expresse* concessum est ius eligendi (*legatum optionis*), etiam *optimum* eligere potest (3). — Ius eligendi cum legato transmittitur ad haeredes, si a legatario praemortuo nondum fuerat facta (4).

640. II. Legatum alternum habet pro obiecto duas pluresve praestationes, ita tamen ut una tantum sit debita. De electione valent eadem regulae ac in praecedenti, sublata limitatione de qualitate (5). Est autem legatum unicum et indi-

(15) D. h. t. L. 6. pr.

(16) D. h. t. L. 10. pr.

(17) D. h. t. L. 6. pr.

(1) Inst. 2, 20. de leg. § 22.

(2) D. de leg. (I). L. 37. pr.

(3) D. 33, 5. de opt. vel el. L. 2. pr.

(4) Inst. 2, 20. de leg. § 23.; D. de leg. (I). L. 75. § 3.; C. 6, 37. com. de legat. L. 3.

(5) D. de leg. (I). L. 34. § 14., de leg. (II). L. 23.

visibile, licet cum pluribus obiectis (6): unde conditio afficiens unam rem legatam, totum legatum reddit conditionatum, cum ante impletam conditionem non possit dari electio (7); at causa tollens efficaciam pro una re, non tollit pro aliis (8).

641. III. Legatum quantitatis habet pro obiecto determinatam summam seu quantitatem rerum fungibilium. Est validum et debetur, etiamsi res non reperiantur in haereditate. Sed quantitas debet esse bene determinata, nisi in haereditate reperiantur res illius generis, quo casu hae debentur legatario (9). Si qualitas non fuit determinata, electio spectat ad haeredem, non ad legatarium (10).

642. IV. Legatum universitatis habet pro obiecto universitatem rerum, v. gr. gregem, bibliothecam. Est legatum unicum, etsi plures res comprehendat: unde non potest partim acceptari et partim repudiari (11); legatarius autem habet ius ad omnes res, quae pertinent ad universitatem quando dies legati cedit (12).

643. V. Legatum annuum vel menstruum (*D. 33. 1. de ann. leg. et fideic.*) habet pro obiecto rei fungibilis praestationem, quae debet renovari periodicis temporibus. Constat tot legatis, quot sunt praestationes periodice debitae: primum est purum, subsequents sunt conditionata i. e. si vivat et sit capax recipiendi (13). Quae conditio si verificatur, legatarius acquirit ius ad legatum integrae periodi illudque ad haeredes transmittit (*D. h. t. L. 5, 8. 22.*).

Legatum alimentorum simile est praecedenti, tot enim comprehendit legata, quot sunt periodi, in quibus alimenta debentur. Comprehendit autem, nisi aliud exprimatur, victum, vestitum et habitationem, non vero educationis expensas, et

(6) *D. de leg. (II). L. 27.; D. 36, 2. quando dies leg. L. 25. pr.*

(7) *D. eod. L. 25.*

(8) *D. de leg. (I). L. 84. § 11.*

(9) *D. de leg. (I). L. 50. § 3.; D. 33. 6. de trib. vino L. 2. pr. L. 3. § 1. L. 7.*

(10) *D. eod. L. 4.*

(11) *Inst. 2, 20. de leg. § 18.; D. de leg. (II). L. 2. 6,*

(12) *Inst. de leg. § 18. 20.; D. de leg. (I). L. 21. 22.*

(13) *D. 36, 2. quand. dies leg. L. 10. 11.; D. h. t. L. 11. L. 4.*

durat durante vita legatarii (14). — Hoc legatum relinqui potest etiam personis, quae carent testamenti factione passiva (15). Si relictum fuit usque ad pubertatem legatarii, intelligitur de pubertate *plena*, i. e. 18. ann. pro maribus, 14. pro feminis (16).

644. VI. Legatum obligationis. Non solum iura realia, sed etiam iura obligationis legari possunt, idque sive in finem illud ius extinguendi, sive ut in alterum transferatur: hinc triplex species: legatum *nominis*, *liberationis*, *debiti*.

Legatum nominis habet pro obiecto *nomen* (creditum), quod ad legantem vel ad haereditatem pertinet adversus tertiam personam. Per quod legatum non transfertur directe ipsum creditum, sed onerato imponitur obligatio cedendi legatario actiones: inde fit ut legatum sit nullum, si creditum non subsistit, nec oneratus tenetur dare cautionem (17). Ceterum iure Iustiniano, etiam sine actionum cessione, legatario competit actio utilis ad obtinendam solutionem (C. 6, 37. de leg. L. 18.).

Legatum liberationis habet pro fine liberare legatarium a debito, quod habeat erga legantem vel erga tertium. Legatum est nullum, si debitum non subsistat. Si validum est, non operatur ipso iure liberationem, sed dat ius eam petendi et opponendi exceptionem haeredi solutionem postulanti (18).

Legatum debiti habetur, cum debitor relinquit creditori quod ipsi debet. Ut sit validum opus est, ut aliquam utilitatem praestet creditori, v. gr. reddendo purum creditum conditionatum, removendo exceptionem, quae creditori opponi posset etc. — Si debitum non subsistit, legatum est invalidum ex defectu obiecti, nisi legans rem debitam ex-

(14) D. 36, 2. quand. dies leg. L. 20. § 6.; D. 34, 1. de alim. et cib. leg. L. 1. 6. 7. 21. 23. 14. pr.

(15) D. eod. L. 11.

(16) D. eod. L. 14. pr. § 1.

(17) Inst. 2, 20. de leg. § 20.; D. de leg. (I). L. 44. § 6., L. 75. § 1. 2., L. 175.

(18) Inst. 2, 20. de leg. § 13.; D. de leg. (I). L. 75. § 2.; D. 34, 3. de liber. leg. L. 8. pr. L. 25. pr. L. 22.

presserit, quo casu valet legatum et mentio debiti habetur tamquam falsa demonstratio vel tamquam falsa causa quae non nocet (19).

645. VII. Praelegatum seu praeceptio est legatum haeredi factum. Nulla est difficultas, si alii sunt, qui illo onerantur. Sed si imponitur omnibus haeredibus, praelegatario comprehenso, est nullum in proportionem ad partem haereditariam praelegatarii, quia secus esset simul creditor et debitor eisdem rei, quod fieri non potest. Portio rei, quam ut legatarius acquirere non potest, ad ipsum devolvitur ut haereditatem, si non habeat collegatarios; si habeat, ipsis accrescit.

CAPUT XVI.

DE FIDEICOMMISSO UNIVERSALI.

Inst. 2, 23. de fideic. haer. — D. 36, 1. ad SC. Trebell.

C. 6, 49. eod.

646. Notio. Fideicommissum universale (vel *fideicommissum haereditatis* vel *fideicommissaria haereditas*) est haereditas tota aut pro parte ita relicta, ut a relinquirente iniungatur haeredi restitutio. Qui haereditatem acquirit cum onere restitutionis dicitur *fiduciarius*; ille, cui restitutio facienda est, *fideicommissarius*; fideicommissariam haereditatem relinquens, *fidei committens*.

647. Historia. Olim restitutio haereditatis a fiduciario per fictam venditionem fiebat; quam fictam venditionem sequebantur inter fiduciarium et fideicommissarium eae stipulationes, quae inter venditorem et emptorem haereditatis interponi solebant (*Gaius* II. 252.). Inde tamen perfecta securitas non habebatur, quia fiduciarius semper permanebat haeres. Nihilominus fideicommissum haereditatis constituebat successionem *titulo particulari*, qua in re conveniebat cum fideicommissum singulari (*Gaius* II. 247-252.).

(19) *Inst.* 2, 20. de leg. § 14. 15.; *D.* 34, 3. de lib. leg. *L.* 13.; *D.* de leg. (I) *L.* 75. § 1.

Senatusconsulto Trebelliano (aetate Neronis) cautum fuit, ut si cui haereditas ex fideicommissaria causa esset restituta, actiones, quae iure civili haeredi et in haerodem competere, ei et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset haereditas. Inde antiquae cautiones fuerunt superfluae, et fideicommissarius, non ut particularis emptor, sed ut successor universalis consideraretur (1). Fiduciarius non amplius poterat agere tamquam haeres, nec in eum tamquam in haerodem agi poterat (2): ipsi et in ipsum dabatur *exceptio restitutae haereditatis*.

Senatusconsultum Pegasianum. Cum fiduciarius totam, aut fere totam haereditatem restituere rogaretur, saepe in haereditate adeunda nullam habebat utilitatem; quare testamentum saepe deserebatur et voluntas defuncti, qui fideicommissum instituerat, spernebatur. Idcirco (aetate Vespasiani), Pegaso et Pusione consulibus, alio SCto. cautum fuit, ut ei, qui rogatus esset haereditatem restituere, liceret quartam detrahere, perinde ac fit in legatis ex lege Falcidia (3).

Sed triplex est distinguendus casus: 1° quod fiduciarius ab ipso testatore salvam quartam haberet, quia fideicommissum non superabat dodrantem haereditatis. Haereditas restituenda erat iuxta dispositionem SC. Trebelliani: actiones haereditariae pro rata parte dabantur in utrumque; in fiduciarium iure civili: in fideicommissarium ex SC. Trebelliano (*Gaius* II. 255-257.; § 6. Inst. h. t.).

2° Si tota haereditas esset restituenda, vel plus quam dodrans, fiduciarius quartam retinere poterat; sed ipse censebatur haeres, fideicommissarius erat loco legatarii partiarii (*Gaius* l. c.).

3° Si fiduciarius recusaret adire haereditatem, SC. Pega-

(1) *Gaius* II. 253. 255.; *Paulus* IV. 2.; *Ulpianus* XXV, 14.; § 4. Inst. h. t.; L. 4. § 1. 2. D. h. t.

(2) D. h. t. L. 1. § 4. L. 27. § 7.

(3) *Gaius* II. 254. 256. 258. 259.; *Paulus* IV. 3.; *Ulpianus* XXV, 14, 6.; § 5. Inst. h. t. Inde fiebat, ut fiduciarius retineret qualitatem haeredis, fideicommissarius legatarii. Porro SC. Pegasianum respiciebat solas successiones testamentarias.

sianum cavebat, ut iussu praetoris adiretur, fideicommissario id postulante; tum vero actiones in fideicommissarium dabantur (*Gaius* II. 258.; § 6. 7. *Inst. h. t.*).

Iustinianus voluit ut quarta fiduciario semper maneret, et ut inter fiduciarium et fideicommissarium haereditariae actiones pro rata communicarentur; quo factum est, ut fideicommissum universale semper gigneret successionem universalem (§ 7. *Inst. h. t.*).

Ius Iustinianum.

648. Subiectum. Tres personae, quae interveniunt, debent habere *testamenti factionem*; fiduciarius vero debet esse haeres fideicommittentis, sive directe sive indirecte, sive ex asse, sive pro parte, sive ex testamento sive ab intestato, sive iure civili sive iure praetorio (4).

Obiectum potest esse integra haereditas vel eius pars, non vero res singulae (*D. h. t. L. 14. § 6.*).

Modus esse potest vel testamentum, vel codicillum, vel simplex declaratio voluntatis; quo ultimo casu fideicommissarius suum ius probare non potest, nisi per iuramentum fiduciario delatum (*Inst. eod. § 12.; C. 6, 42. de fideic. L. 32.*).

Acquisitio. Valent generatim principia, quae tradita sunt pro acquisitione legati. *Dies fideicommissi cedit*, momento mortis fideicommittentis, vel verificatae conditionis, si sub conditione relictum est (5). *Dies fideicommissi venit*, cum haereditas fuit acceptata a fiduciario et lapsum est tempus a fideicommittente constitutum pro restitutione (6). — Discrimen est in hoc, quo ex una parte fideicommissarius potest constringere ad haereditatem adeundam; at ex alia parte iuribus non potitur, nisi mediante restitutione, nec sufficit quod dies venerit (7).

(4) *Inst. h. t. § 2. 8. 11.; D. h. t. L. 1. § 5. 8. L. 55. 2. L. 6. § 4.*

(5) *D. h. t. L. 25. pr. L. 46.; C. 6, 42. de fideic. L. 21.* Ex quibus textibus videtur efficaciter probari transmissibilitatem ad haeredes.

(6) Restitutio tamen differri potest usque ad mortem fiduciarii, si hic fuit rogatus restituere *cum velit*. Cfr. *D. de leg. (III). L. 41. § 13. 14.*

(7) *Gaius* II. 258.; *D. h. t. L. 18. pr. L. 27. § 7.; D. 46. 3. de solut. L. 104.*

649. *Effectus.* 1° In *fiduciario* nascitur obligatio restitutionis, quae firmatur actione *personali* bonae fidei. Comprehendit illa obligatio omnes res, quae ad ipsum titulo haeredis pervenerunt cum accessoriis et fructibus productis ante aditam haereditatem, non exclusis partibus haereditariis vacantibus, quae accreverint aliis fideicommissi obiectum constituentibus (8). — Nihilominus fideicommittens potest obligationem minuere, sive exclusis a restitutione certis rebus, sive eam restringendo ad res quae remaneant die mortis fiduciarii: quo ultimo casu fiduciarius, dodrante bonorum servato, potest retinere quartam partem (9).

2° Restitutio fieri potest traditione seu cessione, vel etiam simplici declaratione oretenus aut scripto facta (D. h. t. L. 37. pr.). Immo restitutio habetur pro facta: si fiduciarius haereditatem non adeat infra terminum a magistratu, instante fideicommissario, praefixum (C. h. t. L. 7. § 1.); si fiduciarius praemoriatur fideicommittenti, quin hic mortis notitiam habuerit, vel moriatur quidem postea sed ante aditam haereditatem (C. l. c.); si propter absentiam fiduciarii non potest a fideicommissario fieri petitio restitutionis (C. l. a.).

3° Quacumque ratione facta restitutio (10) fideicommissarium reddit verum haeredem, tum respectu fiduciarii, tum respectu tertii. Quare obligatio solvendi debita et legata, sicut etiam ius accipiendi solutionem creditorum, pro rata parte transeunt ad fideicommissarium (11). Hic et fiduciarius possunt

(8) D. h. t. L. 47. L. 27. § 1. L. 43. Fructus temporis aditionem subsequenter restitui non debent, nisi fiduciarius sit in mora. D. eod. L. 18. pr. § 1. 2. L. 22. § 2.

(9) Inst. h. t. § 9.; Nov. 108. cap. 1. 2. Olim de rebus disponere poterat arbitrio boni viri.

(10) Ante restitutionem solus fiduciarius est verus haeres, et ut talis habet proprietatem bonorum, ea administrat, facit suos fructus perceptos post aditionem, solvit debita et accipit solutionem creditorum (D. h. t. L. 18. pr. § 1. 2. L. 22. § 2. L. 27. § 7.). Sed est haeres oneratus obligatione restitutionis; et inde etiam non potest valide alienare res in fideicommisso comprehensas, nisi agatur de casibus exceptis, quales sunt: voluntas testatoris vel fideicommissarii, si id exigit ipsa natura rei vel necessitas aeris alieni aut solvendi legati.

(11) Haec tamen integra, non pro rata, transeunt in fideicommissa-

invicem experiri actionem *familiae erciscundae* et actionem *petitionis haereditatis* relate ad tertias personas.

4^o Quodsi restitutio facta est *voluntarie*, fiduciarius habet ius, ut a fideicommissario indemnus servetur propter impensas, quas in causa fideicommissi fecerit (12), et insuper ad retentionem quartae eorum, quae debuit restituere, *quarta Trebelliana* (13), quae nihil aliud est nisi quarta Falcidia introducta pro legatis (14).

Si restitutio est facta auctoritate iudicis, tunc fiduciarius quartam amittebat, sed simul liberabatur ab oneribus et incommodis haereditatis. Retinebat tamen praelegatum, quod sibi relictum esset conditionis implendae causa et fructus ac commoda a die coactae aditionis usque ad possessionis apprehensionem ex parte fideicommissarii (15).

rium, si huic haereditatem restituerit fiduciarius, quin quartam retineat. Idem accidit si fiduciarius iussus est restituere integram haereditatem, deductis certis rebus (Inst. h. t. § 9.; D. h. t. L. 1. § 16. 21. L. 30. § 3. L. 63. § 3.). Sed in hoc altero casu fiduciarius non tenetur ad legata, nisi patiantur accepta; quoad reliqua legatarii agere possunt contra fiduciarium, si res huic relictæ excedant quartam. D. eod. L. 1. § 17.

(12) D. h. t. L. 19. § 2. L. 22. § 3.; C. eod. L. 1.

(13) Cfr. *Gaium* II. 257. 259.; *Ulpianum* XXV. 14.; *Paulum* IV. 3. § 1. 2. 4.; D. h. t. L. 1. § 19. L. 51. L. 55. § 1.

(14) Quare in quarta sunt computanda praelegata et fructus perceptos a die aditæ haereditatis usque ad diem impletæ conditionis vel termini; sed non computantur quæ accepit titulo legati vel *conditionis implendae causa*. D. h. t. L. 22. § 2. L. 30. § 7.

(15) *Substitutio fideicommissaria*. Etiam in fideicommisso haberi potest *substitutio*, quæ dicitur etiam *legatum successivum*. Testator permittit quod fiduciarius fruatur bonis, donec tempore statuto obligatio exurgat alteri restituendi, qui veluti priori substituitur. Tum ergo habetur cum testator disponit, quod haeres, legatarius aut fideicommissarius servet sibi liberalitatem factam, et eam, tempore statuto, alteri reddat, cui vicissim idem onus imponi potest et sic deinceps. Praesertim vero locum habebat favore familiae testatoris aut extranei (*fideicommissum familiare*); quo casu transibat de uno in alium ex familia et prögenie testatoris aut extranei, iuxta ordinem successionis ab intestato, nisi alius ordo fuisset constitutus. Si prima persona designata non fuisset, eam fiduciarius eligebat. Generatim valorem non habebat post tertiam restitutionem (Cfr. *Gaium* II. 184. 260.; C. 6, 38. de verb. et rer. sign. L. 5.).

CAPUT XVII.

DE CODICILLIS.

Inst. 2, 25. de codic. — D. 29, 7. de iure codic.

C. 6, 36. de codic.

650. Historia. Codicilli sub finem reipublicae videntur apparuisse et usurpati fuerunt ad constituenda fideicommissa. Initio omni carebant valore iuridico, sicut ipsa fideicommissa. Augusti tempore factum est, ut vim obligatoriam acciperent, dum Augustus, iurisconsultorum requisito consilio, exequutus est fideicommissum per codicillos testamento confirmatos ipsi relictum a Lucio Lentulo, cum in Africa decederet. Toto tempore iuris classici mansit actus privatus, nulla determinata forma adstrictus, donec serius fuit suppositus determinatae formae. minus tamen solemni quam testamentum.

651. Notio. Codicilli sunt voluntas minus solemnis testati vel intestati de eo, quod quis post mortem fieri velit.

Iure Iustiniano conveniunt cum testamento, quatenus ab illis solis condi possunt, qui testamenti condendi ius habent (1 : differunt vero a testamento: 1° quia forma est minus solemnis, sufficiunt enim 5. testes etiam *non rogati* (C. h. t. L. 8. § 3.): 2° quia continere nequeunt haeredis institutionem, nec substitutionem, nec exhaeredationem (Inst. h. t. § 2., sed solum legatum, tutoris nominationem, libertates aliaque huiusmodi; 3° cum nemo possit mori cum duobus testamentis, quia posterius revocat prius; plures codicilli possunt coexistere, nec posteriores revocant priores, nisi quoad eas tantum dispositiones, quae non possunt consistere simul (Inst. h. t. § 3.; D. h. t. L. 36. § 1.; C. h. t. L. 3.).

652. Divisio. Codicilli: 1° alii sunt *ab intestato*, si auctor non reliquit testamentum. Hi codicilli subsistunt per se independenter ab alio actu et solent inservire ad imponenda legata vel fideicommissa (D. h. t. L. 16.).

(1) D. h. t. L. 3. L. 8. § 2. L. 6. § 3.

2º alii sunt *testamentarii*, si auctor reliquit testamentum. Hi codicilli habentur velut accessorii testamenti et cum ipso subsistunt vel cum ipso corruunt; ideoque ipsorum dispositiones valent perinde ac si essent factae in testamento (D. h. t. L. 3. § 2. L. 2. § 1. L. 14. 16.).

3º Codicilli *testamentarii*, alii sunt *confirmati* testamento sive anteriori sive posteriori: alii *non confirmati*. Iure Iustiniano hoc unicum discrimen mansit, quod tutoris dationes et libertates non poterant directo dari nisi in codicillis *confirmatis* (2).

653. *Clausula codicillaris*, aetate Theodosii introducta, est clausula, qua testator in testamento cavet, testamentum valorem codicilli habiturum, si iure testamenti non valeat. Quare ipsa adiecta efficit, ut dispositiones in testamento contentae perinde valeant, ac si codicillis fuissent factae. (Cfr. C. h. t. L. 8. § 1.; D. h. t. L. 2. § 14.).

CAPUT XVIII.

DE MORTIS CAUSA DONATIONIBUS ET CAPIONIBUS

(*remissive*).

Inst. 2, 7. *de donat.* — *D.* 39, 6. *de m. c. donat. et cap.*
C. 8, 57. *eod.*

654. *De donatione mortis causa* iam actum est in iure obligationum simul cum aliis donationibus propter connexionem materiae (libr. V. cap. XII. n. 489.). Quare hic breviter duntaxat est declaranda eius notio et discrimen a legatis. *Donatio mortis causa* illa est, cuius effectus pendet a morte donantis. Ex qua notione duo essentialiter requiruntur: liberalitas favore alicuius cum intentione se expoliandi et donatarium ditandi; praecedentia mortis donantis morti donarii (1). Saepius quidem evenit, ut fiat, occasione alicuius

(2) D. 26, 2. *de test. tut.* L. 3. *pr.*; D. 26, 3. *de conf. tut.* L. 1. § 1.; D. 40, 4. *de man. test.* L. 43. Cfr. *Gaium* II. 270. 273.; *Ulpianum* XXV. 8. 11.

(1) Cfr. *Paulum* III. 7, 2.; *Inst.* h. t. § 1.; D. h. t. L. 32. L. 13. § 1. L. 26. 29. 35. § 4.

discriminis, in quo versetur donans; hoc autem non est de essentia.

Inter iurisconsultos romanos dissensus erat circa naturam huius instituti iuridici, num videlicet esset revocandum ad donationem inter vivos, an potius esset assimilandum legatis: sicut autem iurisprudentia tendebat ad aequationem cum legatis, sic illi tendentiae adhaesit Iustinianus (2). Negari tamen non potest, quin cum utroque instituto iuridico similitudinem habeat: quare nulla ratione melius potest declarari, quam indicando, quibus in rebus cum illis conveniat et ab illis differat.

655. a) Convenit cum donatione inter vivos: 1° quia in genere requirit easdem conditiones; 2° requiritur acceptatio ex parte donatarii (D. h. t. L. 9.); 3° si excedit 500 solidos requiritur *insinuatio*, nisi adhibita fuerit forma codicillaris: inter has duas solemnitates partes electionem habent (C. h. t. L. 4.).

Differt a donatione inter vivos praesertim propter requisitam praecedentiam mortis donantis.

656. b) Convenit cum legato: 1° quia requirit capacitatem acquirendi (D. h. t. L. 35.); 2° quia subiacet legi *Falcidia* et iuri accrescendi et admittit cautionem *Mucianam* et *usufructuariam* (3).

Differt a legato: 1° quia eius efficacia non pendet a testamento, sed directe perficitur inter donantem et donatarium (D. h. t. L. 2. 38.); 2° quia nec in donante nec in donatario requirit *testamenti factionem* (D. h. t. L. 25. § 1.); 3° quia non cadit, licet donatarius arguat testamentum nullitatis; at legatarius succumbens in querela inofficiosi testamenti perdit legatum (4); 4° donans potest in antecessum renunciare facultati revocandi liberalitatem (5).

657. Cessat sive extinguitur donatio mortis causa: 1° per revocationem donantis, nisi hic facultati revocandi renunciave-

(2) Inst. h. t. § 1.; C. h. t. L. 4.; Nov. 87. pr.

(3) C. h. t. L. 2. 4.; C. 6, 51. de caduc. toll. L. un. § 14.; Nov. 22. cap. 44.; D. 7, 9. quem usumfr. cav. L. 1. § 2.

(4) D. 39, 9. de his quae ut iud. L. 5. § 17.

(5) Cfr. *Paulum* III. 7, 2.; D. h. t. L. 35. § 4. L. 42. § 1.

rit (6); 2º per praecedentiam mortis donatarii (cit. § 1. Inst.); per cessationem discriminis, cuius intuitu facta fuerit.

Cessante ob enumeratas causas donatione, habenda est veluti non facta. Inde donans donatarium executionem petentem potest repellere exceptione doli. Si donatio iam habuisset executionem, donans potest repetere rem donatam vel restitutionem obligationis, prout constiterit in *dando* vel in *liberando*: ad hoc autem habet *condictionem causa data causa non secuta* vel *actionem ex praescriptis verbis* vel etiam *vindicationem* si agitur de re, quae eam permittat (7).

658. De mortis causa capione. Mortis causa capio licet sensu lato comprehendat omnem acquisitionem mortis causa, proprie significat acquisitionem mortis causa titulo particulari distinctam a legato, fideicommisso et mortis causa donatione. Sunt ergo commoda potius *occasione* quam *causa* mortis obvenientia, quae non gignunt actionem favore eorum qui illa recipiunt (8). Tales sunt liberalitates, quae dantur et accipiuntur *conditionis implendae causa* (*conditionis complendae causa datum et acceptum*) D. h. t. L. 30. 38.

Mortis causa capio in hoc convenit cum legatis, quia etiam requirit capacitatem recipiendi, quod ipsi potest imponi onus alicuius legati aut fideicommissi et quarta falcidia (9).

FINIS

Nota. Tum ob alias rationes, tum praesertim ex studio brevitatís, omissae sunt in iure familiae longiores quaestiones de dote ac de tutela et curatela; in iure obligationis quaestio de cautionibus ad assecurandam obligationis executionem: ius vero hereditarium, respectu habito ad materiae amplitudinem breviter quidem fuit expositum; sed brevius cum fructu tractari non potuit.

(6) Inst. h. t. § 1.; D. h. t. L. 30. 35. L. 13. § 1. L. 35. § 4.

(7) D. h. t. L. 13. pr. § 1. L. 35. § 3. 4. L. 42. pr. L. 29. 30.

(8) V. gr. si testator constituat: Titius sit haeres si 1000 asses solvet Caio: Caius capit liberalitatem mortis causa, sed indirecte eam a testatore accipit et quin actionem in Titium habeat. Cfr. L. 38. D. h. t.

(9) D. h. t. L. 9. 36.; D. 30. de leg. (I) L. 96. § 4.; C. 6, 50. ad leg. Falc. L. 18.

INDEX

LIBER PRIMUS

INTRODUCTIO IN IUS ROMANUM.

CAPUT I.	Praenotiones generales	Pag.	5
» II.	De elementis quibus ius civile romanum constat	»	9
» III.	De collectionibus iuris romani	»	15
» IV.	Fata iuris romani in Occidente	»	28
» V.	Fata iuris romani in Oriente	»	32

LIBER SECUNDUS

IURIS ROMANI GENERALIA PRINCIPIA.

CAPUT I.	De persona ut subiecto iuris	»	34
» II.	De statu libertatis in specie	»	38
» III.	Status civitatis in specie	»	49
» IV.	Status familiae in specie	»	52
» V.	De circumstantiis quae in statum iuridicum personae influunt	»	55
» VI.	De causis quibus extinguitur vel mutatur personalitas personae physicae	»	62
» VII.	De personis iuridicis sive moralibus	»	66
» VIII.	De rebus earumque speciebus	»	70
» IX.	De iurium acquisitione et amissione	»	83
» X.	De exercitio et de privata tuitione iurium	»	106
» XI.	De mediis, ad publicam iuris tuitionem datis	»	110
» XII.	De iudiciariae potestatis pro tuitione iurium exercitio apud romanos	»	124
» XIII.	De iudicum competentia	»	134
» XIV.	De romana procedura	»	136
	§. 1. De procedura per « Legis actiones »	»	ibi
	§. 2. De procedura per formulas	»	138
	§. 3. De partibus, procuratoribus, advocatis et defensoribus	»	142
	§. 4. De persecutione iudiciaria	»	144

§. 5. De procedura in iudicio	Pag. 148
§. 6. De controversiae definitione.	» 156
§. 7. De extraordinaria cognitione e interdictis. »	166

LIBER TERTIUS

DE IURIBUS REALIBUS.

Praenotiones.	» 168
CAPUT I. De possessione.	» 171
§. 1. Notio et natura possessionis	» ibi
§. 2. Divisio possessionis	» 173
§. 3. De subiecto et obiecto possessionis	» 177
§. 4. De acquisitione possessionis.	» 178
§. 5. De effectu possessionis	» 184
§. 6. De amissione possessionis	» 188
» II. De iure proprietatis in genere	» 190
» III. Historia iuris proprietatis apud romanos.	» 194
» IV. De acquirendo dominio.	» 198
» V. De modis originariis acquirendi domini.	» 203
» VI. De modis derivatis acquirendi domini.	» 213
» VII. De usucapionibus et praescriptionibus	» 218
» VIII. De amissione domini.	» 231
» IX. De tuitioe domini.	» 232
» X. De iure servitutis	» 240
» XI. De emphyteusi.	» 256
» XII. De iure superficiei	» 261
» XIII. De pignore et hypotheca	» 263
<i>Sectio I.</i> Historia.	» 263
» II. Ius Iustinianum.	» 267
§. 1. Notio	» ibi
§. 2. De constitutione pignoris	» 270
§. 3. De hypothecae sive pignoris effectibus	» 274
§. 4. De successione seu subrogatione in ius pignoris	» 279
§. 5. De ordine inter creditores pignoratitios	» 280
§. 6. De iuris pignoris tuitioe	» 282
§. 7. De iuris pignoris extinctione	» 285

LIBER QUARTUS

IUS FAMILIAE.

Praenotiones.	» 287
CAPUT I. De matrimonio.	» 290
§. 1. Notio et historia	» ibi

§. 2. De sponsalibus	Pag. 295
§. 3. Requisita ad matrimonium	» 297
§. 4. De effectibus matrimonii	» 304
§. 5. De divortiis et solutione matrimonii	» 309
§. 6. De effectibus solutionis matrimonii	» 312
§. 7. De coelibatu et orbitate	» 316
CAPUT II. De patria potestate	» 318
» III. De effectibus patriae potestatis	» 327
» IV. De extinctione patriae potestatis	» 336

LIBER QUINTUS

IUS OBLIGATIONUM.

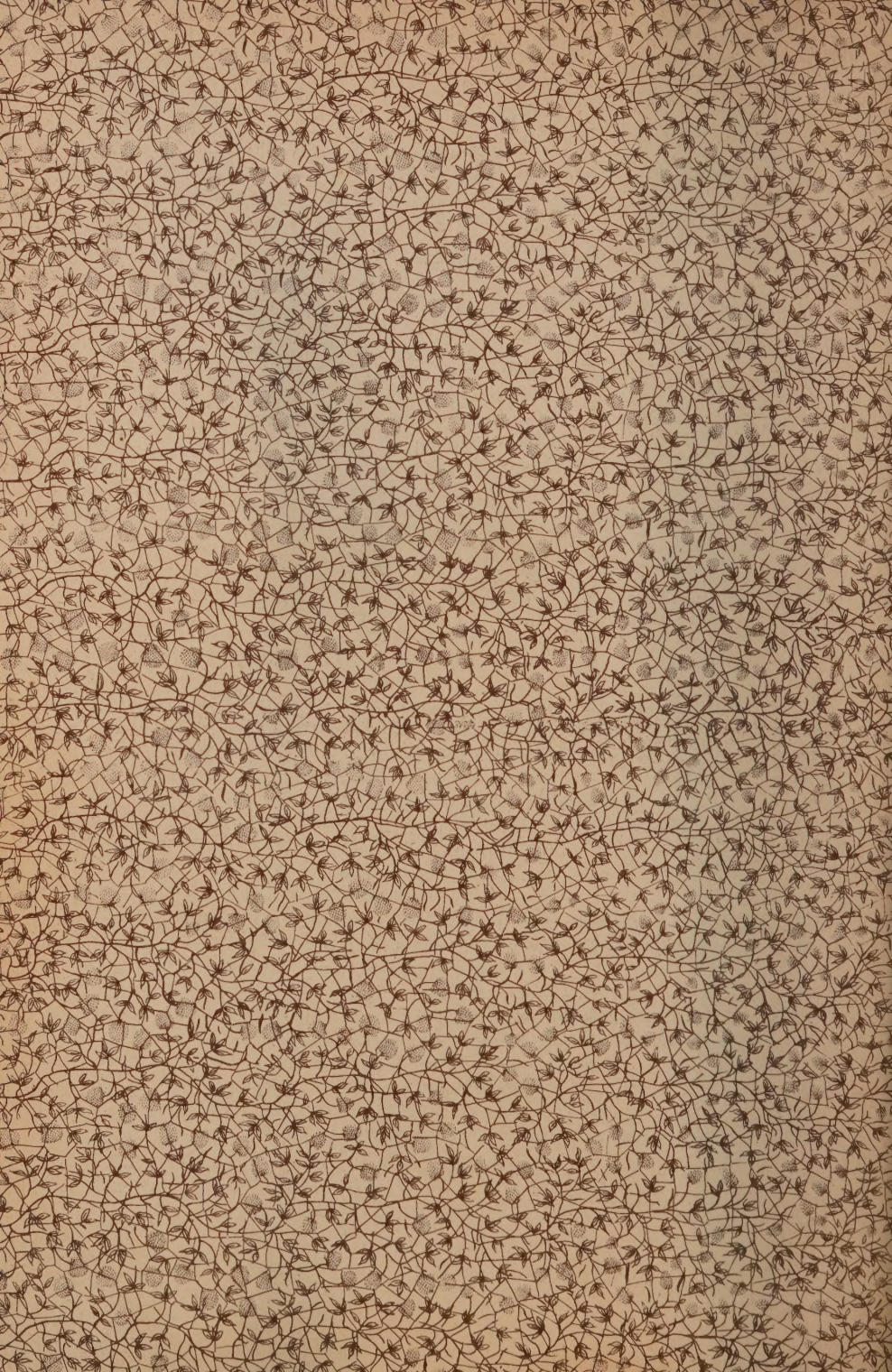
Sectio I. De obligationibus in genere	» 341
CAPUT I. De notione obligationis	» ibi
» II. Obligationum divisio	» 344
Sectio II. De fontibus obligationum	» 363
CAPUT III. De contractibus in genere	» 364
» IV. De mutui datione	» 384
» V. De commodato, deposito et pignore	» 390
» VI. Contractus verbis	» 400
» VII. Contractus litteris	» 404
» VIII. Contractus consensu	» 408
§. 1. Emptio-Venditio	» 410
§. 2. Locatio-Conductio	» 424
» IX. De mandato et societate	» 430
» X. De pactis iure civili firmatis	» 443
§. 1. De contractibus innominatis	» ibi
§. 2. De pactis contractui adiectis	» 451
» XI. De pactis praetoriis	» 459
» XII. De pactis legitimis	» 463
» XIII. De dote ac de pactis dotalibus	» 472
» XIV. De obligationibus quae ex delicto oriuntur	» 480
» XV. De obligationibus ortis ex quasi-contractu	» 492
Sectio III. De effectibus obligationum earumque extinctione et transmissione	» 499
CAPUT XVI. De effectibus obligationum	» ibi
§. 1. De solutione	» ibi
§. 2. De mora debitoris vel creditoris	» 501
§. 3. De inexecutione obligationis	» 505
» XVII. De extinctione obligationis	» 507
§. 1. De remissione debiti	» 509
§. 2. De compensatione	» 511

§. 3. De novatione.	Pag. 513
§. 4. Aliae causae extinctionis.	» 516
CAPUT XVIII. De transmissione iuris obligationis	» 517

LIBER SEXTUS

DE IURE HAEREDITARIO

<i>Sectio I.</i> De haereditate	» 522
CAPUT I. De testamentaria successione	» ibi
» II. De haereditate praetoria	» 525
» III. De haereditate testamentaria	» 529
§. 1. De capacitate testandi	» 530
§. 2. De forma testamenti	» 531
§. 3. De haeredis institutione	» 535
§. 4. De personis quae institui possunt.	» 540
§. 5. De substitutionibus	» 544
§. 6. De testamenti invaliditate et revocatione	» 547
§. 7. De testamenti executione	» 549
» IV. De haereditate legitima sive ab intestato	» 550
I. Praenotiones	» ibi
II. Historia	» 551
III. Ius novum	» 555
» V. De successione necessaria seu contra testamentum.	» 558
» VI. De haereditate quae cessat deferri.	» 562
I. De repudiatione haereditatis	» 563
II. Beneficium abstinendi	» ibi
III. Beneficium separationis patrimonii.	» 564
IV. De iure adcrendi inter cohaeredes.	» ibi
» VII. De acquirenda haereditate.	» 566
» VIII. De amissione haereditatis	» 578
<i>Sectio II.</i> De legatis	» 579
CAPUT IX. Generalia de legatis et fideicommissis	» ibi
» X. De conditionibus ad valorem legati requisitis	» 585
» XI. De acquisitione legati	» 590
» XII. De Quarta Falcidia	» 594
» XIII. De iure accrescendi inter collegatarios	» 596
» XIV. De invaliditate, revocatione et translatione legati	» 597
» XV. De specialibus quibusdam legatis	» 600
» XVI. De fideicommisso universali	» 603
» XVII. De codicillis	» 608
» XVIII. De mortis causa donationibus et capionibus	» 609





6096

